

A AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA PARA ACESSO À ASSISTÊNCIA SOCIAL, NO BRASIL E EM PORTUGAL

Alexandre Euclides Staub¹

Resumo: Este trabalho consiste numa abordagem crítica acerca das avaliações da deficiência para acesso às assistências sociais brasileira e portuguesa. Pretende-se objetar a ausência de fundamentação na avaliação para a obtenção do Benefício de Prestação Continuada (BPC) brasileiro, bem como a restrição aos aspectos médicos da deficiência que se observa na avaliação para se obter a Prestação Social para a Inclusão (PSI) em Portugal. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, qualitativa, teórica e prescritiva, que se utiliza, predominantemente, do método dialético. No curso da pesquisa, buscou-se evidenciar que o conceito de deficiência não se vincula ao conceito de recursos, mas à capacidade de conversão destes em bem-estar, o que demanda uma avaliação que considere os aspectos que impactam efetivamente na qualidade de vida das pessoas. Demonstrou-se que a justificação do procedimento avaliatório baseado na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) sem a exposição de justificativas revela-se uma expressão da epistemologia neopositivista. Para contornar o problema da justificação, expôs-se que Popper e Alexy prescrevem agregar elementos que lhe confirmem intersubjetividade. Por fim, concluiu-se que, para proporcionar maior efetividade às assistências sociais brasileira e portuguesa, faz-se necessário estender à PSI a abrangência da avaliação para acesso ao BPC, da mesma forma como se mostra relevante estender ao BPC a fundamentação que se observa na avaliação para obtenção da PSI.

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul – ESMAFE. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste do Paraná — UNIOESTE.

Palavras-chave: Deficiência. Avaliação. Neopositivismo. Fundamentação. Intersubjetividade.

INTRODUÇÃO



presente trabalho propõe-se a apresentar uma abordagem crítica acerca da avaliação da deficiência para acesso às assistências sociais brasileira e portuguesa.

Ambos os países são signatários da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em 30 de março de 2007 em Nova Iorque, e introduziram em seus ordenamentos jurídicos o conceito de deficiência definido naquela oportunidade, a saber: “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.”.

Contudo, na prática, os procedimentos de avaliação para acesso à assistência social no Brasil e em Portugal mostram-se bastante distintos, o que sugere haver, ou uma interpretação distinta do conceito de deficiência, ou um obstáculo para se proceder a uma avaliação ampliada das capacidades, com vista não só para o aspecto médico, mas também para o domínio social.

Acredita-se que não há distinção na interpretação do conceito biopsicossocial da deficiência, mas uma dificuldade em se avaliar a deficiência com a abrangência ideal. Isso porque a questão da avaliação da deficiência para fins de concessão de benefícios estatais envolve não só o seu próprio conceito, mas também a necessidade de fundamentação.

Considerando isso, dissertar-se-á sobre a fundamentação dos juízos avaliatórios da deficiência para fins de acesso à

assistência social realizados no Brasil e em Portugal.

No primeiro tópico deste artigo, serão abordados os pressupostos teórico filosóficos da igualdade e do conceito de deficiência, especialmente o que diz respeito aos conceitos de igualdade de John Rawls e Ronald Dworkin, bem como à abordagem das capacidades advogada por Amartya Sen.

Já no segundo, apresentar-se-á a moldura legislativa no qual se enquadram o Benefício de Prestação Continuada (BPC) brasileiro e a Prestação Social para a Inclusão (PSI) portuguesa. Será dissertado também sobre a forma como se procede à avaliação dos requisitos para a obtenção dos dois benefícios em cada país, bem como a forma como a avaliação é revisada judicialmente.

E, no terceiro tópico, serão abordadas as prescrições epistemológicas que permeiam a avaliação da deficiência, sobretudo no que tange ao emprego da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) como um instrumento de avaliação, apesar de, na sua essência, ser um instrumento de classificação.

O modelo de avaliação será comparado aos preceitos do Neopositivismo, os quais, por sua vez, serão confrontados com as asserções de Karl Popper, ícone do racionalismo crítico.

Ainda no terceiro tópico será demonstrada a ligação entre a teoria de Popper e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, bem como a sua pertinência à avaliação da deficiência.

O encadeamento das ideias será governado, substancialmente, pelo método dialético. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, de vieses qualitativo, teórico e prescritivo.

A leitura do texto será leve nas primeiras páginas, mas irá requerer atenção progressivamente. O segundo tópico tratará de assuntos impregnados de detalhes pouco intuitivos acerca da avaliação da deficiência. Já o terceiro versará sobre as prescrições teórico-filosóficas inerentes à fundamentação de modo bastante abstrato, se comparado ao conteúdo do segundo tópico.

Pretendemos apresentar um arranjo coerente das teorias que, a nosso ver, se mostram aplicáveis à solução do problema da fundamentação para acesso ao BPC e à PSI. É preciso ressaltar, no entanto, que as teorias às quais se fez referência são, obviamente, muito mais ricas que a leitura deste trabalho pode sugerir.

Para prever a abrangência do debate acerca da deficiência, basta considerarmos que todos nós vivenciamos alguma contingência que dificulta o alcance de nossos objetivos e o amplo exercício das nossas capacidades. Tendo em conta essa premissa, poderíamos iniciar o raciocínio com o fim de estabelecer um ponto na escala de restrições a partir do qual se justificaria o acesso à assistência social. A partir disso, poderíamos também indagar se essa medida na escala de contingências é legítima, assim como poderíamos questionar se a forma como se procede à mensuração é adequada.

É com esse espírito crítico que se pretende desenvolver o presente trabalho.

1 A IGUALDADE E A DEFICIÊNCIA DAS PESSOAS

A igualdade não só é pauta recorrente dos nossos debates, como constitui elemento de nossa cultura. Vemos em todos os lugares apelos, julgamentos, comparações, críticas, enfim, as mais variadas expressões de que as pessoas não são iguais às outras em um ou outro aspecto.

Essas expressões são observadas com bastante intensidade, inclusive, nas histórias em quadrinhos. A história dos super-heróis X-men, por exemplo, enfatiza mutações genéticas de determinados seres humanos, as quais são resultado de um súbito salto evolucionista, provocado pelo “fator X”. Na trama, há seres capazes de manipular os principais elementos da Terra, como água, ar, fogo, ou ainda atravessar paredes, voar, manipular a mente de outros humanos.

A questão da alteridade, nos filmes dos X-men, é sempre presente e abordada por diferentes perspectivas. No terceiro filme da série, *The Last Stand* (O Confronto Final), o enredo evidencia a questão da igualdade com notável prospecção filosófica. A partir de arma criada por militares, é desenvolvida uma vacina que neutraliza o “fator X”, de modo a transformar os mutantes em pessoas “normais”. Essa possibilidade de “cura” divide a população mutante entre aqueles que desejam e os que repelem a alternativa (REBLIN, 2008, pp. 83-85).

Entre os que desejam deixar de ser mutantes, estão os personagens cujos poderes atrapalham sua inclusão na sociedade, como, por exemplo, Vampira, que possui o poder de sugar a vida, energia e habilidade de outras pessoas com apenas um toque. Em contrapartida, a personagem Tempestade, controladora do clima, mostra-se reacionária à possibilidade perguntando: “Quem quer essa cura? Afinal, que covarde a aceitaria só para se tornar normal?”. Sobre isso, outro personagem, Fera, o cientista de pelos azuis, responde: “Será covardia querer se salvar da perseguição? Nem todos nós podemos lidar tão bem com isso. Você não perde pelo nos móveis.” (IRWIN, 2009, pp. 21-23).

Tempestade é bonita e seu poder é útil e controlável, podendo ser percebido ou não. Isso lhe proporciona elevada aceitabilidade social, já que suas virtudes são visíveis, ao passo que sua capacidade de interferir no clima é útil e pode ser perfeitamente controlada, caso seja indesejável. Vampira também é bela, contudo seus poderes a impedem de se relacionar com as pessoas, pois não pode controlá-los, o que a torna artilosa e estranha. Já Fera possui uma aparência assustadora, mas possui virtudes funcionais, como inteligência, agilidade, força e sentidos aguçados. Suas habilidades, no entanto, não são suficientes para amenizar sua angústia. Do mesmo modo, a beleza física de Vampira, por si só, não favorece sua inclusão na sociedade (IRWIN, 2009, pp. 25-26).

Embora a abordagem da questão da deficiência por meio das histórias em quadrinhos possa parecer desdenhosa, o apelo artístico nos provoca a refletir com maior intensidade sobre o que realmente torna uma pessoa diferente da outra, sobretudo quando não há opção de ser igual.

Sem levar em consideração o paradoxo vivido pelos X-men, seria possível aderir, com razoável segurança, a conceitos de justiça que enaltecem a igualdade de recursos, deixando a igualdade de capacidades das pessoas em segundo plano. Entre esses, estão os postulados de Ronald Dworkin e John Rawls, adeptos do liberalismo igualitário, corrente de pensamento que prescreve o equilíbrio entre liberdade e igualdade. Suas proposições têm o mérito de tratar, ainda que abstratamente, da desigualdade das pessoas sem os extremismos das doutrinas puramente liberais ou sociais.

No conceito de Rawls, a justiça equivale a uma situação de igual liberdade, onde todos os valores sociais — liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima — devem ser distribuídos de forma igual, a menos que uma distribuição desigual traga vantagens para todos (RAWLS, 1997, p. 66).

Para alcançar essa situação de igual liberdade, propõe que todas as instituições sociais, governo, leis, contratos, sejam concebidos a partir de uma condição hipotética que denomina posição original. Nessa posição original, todos os membros da sociedade, dotados de liberdade e racionalidade, contudo sem ter ciência da sua condição social de riqueza, sorte, habilidades, força e coisas semelhantes — condição esta que denomina “véu de ignorância” —, escolheriam os princípios regentes de todas as demais instituições. Dessa forma, as instituições subsequentes, ao seguirem os princípios de justiça estabelecidos na posição original, funcionariam realizando o bem comum de forma equitativa e alheia a pretensões individuais (RAWLS, 1997, pp. 12-14).

Em sua teoria, Rawls sustenta que a posição original nada mais é que uma interpretação procedimental do conceito do imperativo categórico de Kant. Isso porque, à medida que as pessoas definem e constroem suas concepções de justiça sem levar em consideração suas particularidades e interesses, nada mais fazem que agir de modo a tornar sua vontade uma lei universal (RAWLS, 1997, pp. 275-283).

Por outro lado, pressupõe que todas as pessoas são racionais e livres, exercentes, portanto, de igual cidadania. Argumenta que, para construir uma teoria geral e administrável, não é possível considerar as particularidades físicas e psicológicas das pessoas, sob pena de nossa percepção moral ser distorcida. Por isso, tem como pressuposto a participação ativa e integral dos indivíduos na sociedade e que o grande problema da justiça é a distribuição de renda e riqueza (RAWLS, 1997, pp. 101-106).

O conceito de justiça de Ronald Dworkin é distinto em alguns aspectos. Advoga que a questão da igualdade divide-se em igualdade de bem-estar e igualdade de recursos. Quanto à igualdade de bem-estar, aduz que se atinge o nível ótimo quando se distribui ou se transfere recursos entre as pessoas até que nenhuma transferência adicional possa torná-las mais iguais em bem-estar. Em relação à igualdade de recursos, afirma que as pessoas se tornam mais iguais quando os recursos são distribuídos ou transferidos de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais as parcelas individuais do total de recursos (DWORKIN, 2011, pp. 4-5).

Observe-se que, mesmo tratando de bem-estar, Dworkin propõe uma transferência de recursos para se atingir a igualdade. Tal concepção justifica-se, segundo o filósofo, em virtude de o próprio conceito de recurso estar atrelado ao bem-estar que proporciona. Em relação a isso, destaca que as pessoas cujas circunstâncias induzem diminuição de bem-estar, tais como as deficiências físicas e mentais, demandam mais recursos para

alcançar o mesmo patamar de bem-estar daquelas que não enfrentam as mesmas dificuldades (DWORKIN, 2011, pp. 7-8).

Cabe salientar, todavia, que o conceito de recursos de Dworkin abrange não só recursos financeiros ou materiais, mas também os de ordem pessoal e intransferível, como saúde e habilidades (DWORKIN, 2011, p. 423).

Para alcançar a distribuição igualitária de recursos, propõe a realização de um leilão hipotético, no qual participariam imigrantes com destino a uma ilha deserta, os quais teriam à sua disposição uma quantidade igual de conchas de mariscos para utilizar como fichas e efetuar seus lances e, assim, adquirir os bens disponíveis na ilha (DWORKIN, 2011, p. 83).

Este leilão seria complementado com a oferta de seguros contra circunstâncias não controláveis, sobretudo acidentes e deficiências. Quanto ao ponto, Dworkin ressalta que as faculdades físicas e mentais, apesar de serem consideradas uma espécie do gênero recursos, não podem ser manipuladas ou transferidas, ainda que a tecnologia possa permitir. Por conta disso, expõe que sua teoria da igualdade de recursos não propõe igualar as pessoas no que tange às suas constituições mentais e físicas. De outra parte, argumenta que o leilão hipotético se mostra um instrumento útil para mensurar a quantidade adequada de recursos materiais que devam ser empregados para compensar as deficiências das pessoas (DWORKIN, 2011, pp. 90-104).

Como pode ser observado, remetendo-se ao paradoxo vivido pelos X-men mencionado anteriormente e considerando que seus postulados não abordam aspectos mais concretos da questão das deficiências, é possível tecer duas críticas importantes às teorias de Rawls e Dworkin. A primeira crítica diz respeito à capacidade de conversão em bem-estar dos bens ou recursos disponíveis e a segunda versa sobre a forma como deve ser avaliada essa capacidade de conversão. Nesse aspecto, sobressaem-se os postulados de Amartya Sen acerca da “abordagem das capacidades”.

Amartya Sen argumenta que, se o objetivo é concentrar-se na oportunidade real de o indivíduo promover seus objetivos, é preciso considerar não só os bens primários ou os recursos disponíveis, mas também as particularidades pessoais relevantes que governam a capacidade de conversão desses bens em objetivos (SEN, 2010, p. 104).

Sua abordagem das capacidades, inspirada na filosofia aristotélica², considera que os bens primários não são valiosos em si mesmos e que seu valor depende do seu acoplamento às circunstâncias com as quais cada pessoa se depara. Entre tais circunstâncias, Amartya Sen destaca: (a) heterogeneidades pessoais, sobretudo particularidades físicas; (b) diversidades no ambiente físico, como fatores climáticos; (c) variações no clima social, que digam respeito às instituições públicas de saúde, educação e segurança; e (d) diferenças de perspectivas relacionais, cujo enfoque é atrelado ao perfil comportamental da sociedade (SEN, 2011, pp. 289-290).

Exemplificando, Sen expõe que uma pessoa fisicamente incapacitada, mas que seja provida de uma quantidade suficiente de bens primários, pode, ainda assim, ter maior chance de promover os seus objetivos que uma pessoa fisicamente capaz mas que não possua uma quantidade suficiente de recursos. Da mesma forma, uma pessoa idosa ou propensa a doenças pode ter menos chances de aceitação social mesmo que disponha de mais recursos (SEN, 2010, p. 104).

Malgrado Dworkin refute a crítica de Amartya Sen argumentando que, a rigor, não existe distinção entre capacidades e recursos (DWORKIN, 2011, pp. 420-427), importa registrar que as prescrições da abordagem das capacidades vão além da definição semântica dos elementos que induzem o bem-estar.

Isso porque, ao prescrever a igualdade de oportunidades,

² Quanto ao ponto, Sen remete-se ao trecho de *Ética a Nicômaco*: “É evidente que a riqueza não é o bem que procuramos, pois meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. (SEN, 2011, p. 287).

a abordagem das capacidades desloca sua base informacional da magnitude dos recursos para a liberdade de realizar as coisas valorizadas pelas pessoas. Isso equivale não a uma simples mudança conceitual da igualdade, mas a uma mudança de olhar sobre os fatores explicativos da qualidade de vida presentes no ambiente social (SEN, 2011, pp. 265-266).

Para Sen, “A avaliação das sociedades e das instituições sociais pode ser profundamente influenciada por informações nas quais a abordagem se concentra, e é exatamente aí que a abordagem da capacidade faz sua principal contribuição.” (SEN, 2011, p. 267).

Em vista disso, a abordagem das capacidades repele a utilização de monoindicadores generalizantes e insensíveis ao bem-estar das pessoas para a avaliação da qualidade de vida, tais como PNB (Produto Nacional Bruto) e *renda per capita*. Para um juízo avaliatório social adequado, prescreve a medição mais abrangente possível dos funcionamentos individuais que integram o conjunto de capacidades desejáveis por meio da utilização de indicadores plúrimos, como o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) (SEN, 2010, pp. 106-107).

Com efeito, mesmo que as preferências e as demandas pessoais sejam fatores cuja mensuração esteja inserida no campo da própria individualidade, a sua respectiva quantificação por meio de critérios eminentemente mercadológicos proporciona informações menos detalhadas acerca das comparações interpessoais das liberdades substantivas (SEN, 2010, pp. 107-112).

Nesse quadrante, Sen destaca que o estudo do comportamento de escolha (presente nas teorias de Rawls e Dworkin) mostra-se útil para mensurar a utilidade dos bens no âmbito da teoria do consumo, contudo não evidencia informações inerentes ao bem-estar e à qualidade de vida que as pessoas têm razões para valorizar (SEN, 2010, p. 111).

Essa superficialidade sensitiva, além de obstar juízos comparativos interpessoais, inibe a proposição e a avaliação de

políticas destinadas a combater desigualdades, sobretudo as voltadas a minimizar as inaptidões das pessoas em converter bens-primários em vetores de qualidade de vida (SEN, 2011, pp. 292-294).

Assentada tal premissa, dissertar-se-á sobre o papel da CIF na avaliação das capacidades das pessoas.

2 A AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA

Nesse contexto de identificação e de mensurabilidade das capacidades e das deficiências, a CIF apresenta uma base científica e uma linguagem codificada aos estudos e avaliações dos estados de saúde relacionados à capacidade laborativa das pessoas, levando em consideração não somente o aspecto médico, mas também os aspectos contextuais e essenciais da vida. Engloba todos os aspectos da saúde humana e é passível de aplicação a todas as pessoas (OMS, 2004, pp. 9-10). Por essa versatilidade e multidimensionalidade, pode ser concebida como uma expressão da abordagem das capacidades (STRAPAZZON; RENCK, 2014, pp. 175-176).

De forma análoga aos postulados da abordagem das capacidades, a CIF desloca seu eixo paradigmático da doença para a saúde contextualizada, buscando compreender a situação da saúde de indivíduos de populações de forma dinâmica e com a profundidade exigida. Com efeito, a CIF não trata de uma classificação de consequências de doenças, mas de estados da saúde e suas inferências causais (DI NUBILA, 2007, p. 38).

Não obstante, a CIF evidencia um instrumento dotado de uma base científica para a compreensão e o estudo dos fatores explicativos da saúde, apresentando uma linguagem padronizada para melhorar a comunicação, a comparação, bem como codificar sistemas de informação, nos âmbitos estatístico, investigativo, clínico, político e pedagógico (OMS, 2004, p. 9).

Os domínios — ou unidades de classificação — da CIF

representam “conjuntos práticos e lógicos de funções fisiológicas relacionadas, de estruturas anatómicas, de acções, tarefas ou áreas da vida” (OMS, 2004, p. 190), os quais são codificados de acordo com a situação do indivíduo em determinado momento.

A codificação da CIF se completa com a inserção do qualificador ao código do domínio (ou categoria), que indica a magnitude ou a intensidade do estado de saúde observado, conforme o constructo correspondente (OMS, 2004, pp. 21-25).

A CIF é composta por quatro listas de domínios codificados, a saber: (b) Funções do Corpo; (s) Estruturas do Corpo; (d) Atividades e Participação (abrangendo os constructos Capacidade e Desempenho); e (e) Fatores Ambientais. Cada lista possui códigos de domínios correspondentes ao constructo a ser observado quando da qualificação (OMS, 2004, p. 23).

Os domínios da CIF são codificados em quatro níveis de detalhamento, de forma que, nos moldes propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a descrição adequada de um estado de saúde para os casos de investigação de incapacidade pode ser feita com a utilização de 3 a 18 domínios codificados ao segundo nível (OMS, 2004, p. 25). Exemplificando o detalhamento da codificação de um domínio, a incapacidade moderada na função visual seria representada pelo código b210.2, onde:

- ‘b’ representa a lista de códigos das Funções do Corpo;
- ‘b2’ representa o item do primeiro nível “Funções sensoriais e dor”;
- ‘b210’ representa o item do segundo nível “Funções visuais”;
- ‘b2102’ representaria o item do terceiro nível “Qualidade da visão”;
- ‘b21022’ representaria o item do quarto nível “Sensibilidade ao contraste”;
- ‘_xxx.2’ representa o qualificador de um problema moderado de um domínio de segundo nível. (OMS, 2004, p.

194).

A conceituação basilar da CIF tem como premissa a definição dos seus domínios (ou categorias) com exclusividade e precisão próprias do conceito a que se referem, não havendo circunstâncias enquadráveis em mais de uma categoria simultaneamente. Não obstante, tal categorização, estruturada eminentemente sob o ponto de vista lógico-taxonômico, leva em conta características ideais das suas definições operacionais, tanto na intenção (o que o conceito significa intrinsecamente), quanto na extensão (a que objetos ou fenômenos se refere) (DI NUBILA, 2007, p. 46).

2.1 O EMPREGO DA CIF NA AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA PARA ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) BRASILEIRO

Embora seja essencialmente um instrumento de classificação, a CIF permite a estruturação de complexos sistemas de avaliação de funcionalidade, incapacidade e saúde, como ocorre na avaliação para acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei n.º 8.742/1993) (BRASIL, 2007b, p. 42).

Trata-se, o BPC, de um benefício financeiro no importe de um salário mínimo que equivale, em termos atuais, a R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais) mensais e é concedido àqueles que, além de possuírem renda familiar per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo (Cf.: Rcl 4.374/STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 04.09.2013), tenham mais de 65 anos de idade ou sejam portadores de deficiência.

Para efeito da concessão do BPC, de acordo com o artigo 20, §§ 2º e 10, da LOAS, é considerada deficiência a barreira de natureza física, intelectual ou sensorial que, em conjunto com outras barreiras existentes no ambiente físico e social, impeça uma pessoa de participar da sociedade em condições iguais às

demais pessoas por um prazo superior a dois anos.

A avaliação dessa deficiência é realizada seguindo os princípios da CIF por efeito da disposição do artigo 16 do Dec. n.º 6.214/2007. Sua instrumentalização é dada pela Portaria Conjunta MDS/INSS n.º 2/2015, a qual, em seus anexos, apresenta os formulários a serem preenchidos pelo avaliador. O processo avaliativo consiste na qualificação dos domínios da CIF de acordo com a magnitude ou intensidade do problema verificado em cada caso.

Não obstante a recomendação da OMS quanto à amplitude da avaliação (3 a 18 domínios codificados de segundo nível), o procedimento utilizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para fins de concessão do BPC, regulado pela Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015, abrange os domínios constantes nas listas Funções do Corpo, Atividades e Participação e Fatores Ambientais, excluindo os constantes na lista Estruturas do Corpo.

A avaliação é realizada por meio da qualificação de domínios de segundo nível. Dos 231 domínios de segundo nível existentes nas três listas compreendidas pela avaliação, cerca de 110 são observados, de modo a abranger todos os domínios de primeiro nível (BRASIL, 2015, pp. 83-117).

A qualificação dos domínios de primeiro nível é reduzida a três grandes qualificadores conclusivos pertinentes às três listas de domínios avaliados. Os qualificadores conclusivos dos Fatores Ambientais e das Atividades e Participação são obtidos por meio de uma média, ao passo que o qualificador conclusivo das Funções do Corpo coincide com o qualificador da deficiência predominante, desde que esta não coincida com as deficiências “b3 – Funções da voz e fala” e/ou “b8 – Funções da pele”.

Caso o maior qualificador seja atribuído a estas duas funções, o qualificador conclusivo das Funções do Corpo será a média dos qualificadores dos seus domínios ou o maior qualificador atribuído às demais funções do corpo (que não as funções “b3 –

Funções da voz e fala” e/ou “b8 – Funções da pele”), o que for maior (BRASIL, 2007b, pp. 81-90; MARCELINO, 2011, pp. 441-442)³.

O resultado final da avaliação é confrontado com os parâmetros definidos para a concessão do BPC constantes no Anexo IV da Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015. Observando as disposições do artigo 8º da precitada portaria e as combinações do seu Anexo IV, verifica-se que para o BPC ser concedido é necessário que o indivíduo apresente uma deficiência ao menos moderada nas Funções do Corpo, combinada com uma dificuldade ao menos moderada nas Atividades e Participação, sendo que, constatado o nível moderado para estas duas deficiências, é necessário que o indivíduo apresente uma barreira grave ou completa em relação aos Fatores Ambientais (BRASIL, 2015, pp. 82, 123-125).

A avaliação é realizada por dois profissionais, um assistente social, que procede ao primeiro contato com o avaliado, e um médico perito previdenciário, cujas atribuições no âmbito da avaliação são definidas de acordo com os artigos 5º, 6º e 7º da

³ Há divergência entre as duas obras citadas no que se refere à média pela qual são obtidos os qualificadores conclusivos das listas Fatores Ambientais e Atividades e Participação. Na obra de Miguel Abud Marcelino, fala-se em média ponderada. Por outro lado, na publicação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) fala-se em média aritmética.

Também há divergência em relação à obtenção do qualificador conclusivo da lista Funções do Corpo nos casos em que o maior qualificador for atribuído às funções “b3 – Funções da voz e fala” e/ou “b8 – Funções da pele”. Na publicação do MDS, nesse caso, o qualificador conclusivo das Funções do Corpo será a média aritmética dos demais qualificadores avaliados, excluindo do cálculo as funções “b3 – Funções da voz e fala” e/ou “b8 – Funções da pele”. Já para Miguel Abud Marcelino, nessa hipótese, o qualificador conclusivo das Funções do Corpo será, ou a média dos qualificadores dos domínios da lista Funções do Corpo, ou o maior qualificador atribuído aos demais funções do corpo (que não as funções “b3 – Funções da voz e fala” e/ou “b8 – Funções da pele”), o que for maior. Preferimos, neste trabalho, expor este último posicionamento, porquanto a publicação do MDS tem o escopo de apenas apresentar propostas técnicas para a avaliação e não definir critérios definitivos (BRASIL, 2007b, p. 15-16) e, por outro lado, a obra de Miguel Abud Marcelino tem o objetivo de apresentar os critérios técnicos utilizados para a concessão do BPC (MARCELINO, 2011, pp. 415-416).

Portaria. O procedimento avaliatório distingue-se em razão da idade do avaliado, sendo que o menor de 16 anos tem sua avaliação realizada de acordo com o formulário do Anexo II da Portaria (artigo 4º, II), ao passo que o avaliado que possua 16 anos ou mais se submete às diretrizes constantes no Anexo I da mesma portaria (artigo 4º, I). A distinção é decorrente da incapacidade presumida do menor de 16 anos (BRASIL, 2015, p. 82).

No entanto, a objeção que se faz ao atual procedimento de avaliação da deficiência para fins de acesso ao BPC diz respeito à insuficiência, nos formulários a serem preenchidos, de campos destinados à justificação do avaliador. Observa-se que os domínios são qualificados sem a necessidade da aposição de justificativas, tampouco da demonstração do critério utilizado para tanto.

Metodologicamente, abre-se mão da justificabilidade para priorizar a formalidade, uma vez que as possibilidades de registro das observações dos avaliadores previstas na Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015 restringem-se a campos em que podem ser apostas descrições globalizantes acerca do estado da saúde do avaliado nos formulários, olvidando-se das justificativas inerentes à qualificação dos domínios da CIF que lastreiam o procedimento.

Denota-se, outrossim, que somente há abertura para a inserção de apontamentos justificadores ao final da avaliação dos domínios inerentes ao componente ‘Funções do Corpo’ e apenas na hipótese de as observações contribuírem para a concessão do benefício. Sendo o caso de indeferimento do pleito, não é necessário justificar, sequer holisticamente.

A despeito disso, destaca-se que o debate em voga na jurisprudência brasileira limita-se à quebra do paradigma da perícia médica para avaliação da deficiência, de modo ampliar o espectro de cognição para os aspectos socioambientais presentes na vida da pessoa, mas sem se debruçar sobre a necessidade de

fundamentação das avaliações.

Com efeito, a pesquisa livre, realizada no dia 16 de setembro de 2019, no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça — STJ, disponível no endereço eletrônico <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>, com o emprego dos termos “classificação”, “internacional”, “funcionalidade”, “incapacidade” e “saúde” não apresentou resultados de decisões colegiadas. Foram listadas apenas 23 (vinte e três) decisões monocráticas, das quais somente 2 (duas) versam sobre a concessão do Benefício de Prestação Continuada. Tratam-se do Agravo em Recurso Especial n.º 938.046/SP, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região — TRF3, e do Recurso Especial n.º 1.712.089/RS interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região — TRF4. Ambas as decisões, entretanto, foram no sentido de não conhecer os recursos, tendo em vista o entendimento jurisprudencial de que a espécie recursal manejada, o recurso especial de que trata o artigo 105, III, da Constituição Federal, não se presta ao reexame de provas. Até o momento, apenas o Recurso Especial n.º 1.712.089/RS transitou em julgado, evento processual que ocorreu em 7/2/2019 (BRASIL, 2018).

Quanto ao caso concreto de que trata o Recurso Especial n.º 1.712.089/RS, destaca-se que, no âmbito do TRF4, a questão foi debatida no bojo da Apelação Cível n.º 5027757-23.2010.4.04.7100/RS, em relação a qual foram interpostos embargos infringentes. A causa versa sobre concessão de benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência. O requerimento administrativo foi indeferido por não ter sido constatada a deficiência de que trata o artigo 20, § 2º, da Lei n.º 8.742/1993. A requerente, com 12 anos de idade à época do ajuizamento da ação, é portadora do vírus HIV (CID B 24) (BRASIL, 2016a).

No julgamento da apelação, prevaleceu o entendimento de que a condição de soropositivo para HIV aliada à hipossuficiência econômica é suficiente para a concessão do BPC.

Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONDIÇÃO DE DEFICIENTE. PORTADORA DE HIV. SITUAÇÃO DE RISCO SOCIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS. CUMPRIMENTO IMEDIATO DO ACÓRDÃO. Comprovadas a condição de deficiente da parte autora (portadora do vírus HIV) e a situação de risco social em que vive, tem direito à concessão do benefício assistencial de prestação continuada desde a data do requerimento administrativo. (TRF4, AC 5027757-23.2010.4.04.7100, SEXTA TURMA, Relator para Acórdão CELSO KIPPER, juntado aos autos em 18/01/2016) (BRASIL, 2016a)

Todavia, o julgamento dos embargos infringentes foi orientado pelo entendimento contrário, de que a simples condição de portadora do vírus HIV não se mostra suficiente para caracterizar a deficiência nos moldes do artigo 20, § 2º, da Lei n.º 8.742/1993. Confira-se a ementa do aresto:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. PESSOA PORTADORA DO VÍRUS HIV/AIDS. SINTOMATOLOGIA E CONDIÇÃO ASSINTOMÁTICA. MODELO BIOMÉDICO, SOCIAL E INTEGRADO (BIOPSISSOCIAL) DA INCAPACIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS DO AUTOR. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO. Considerando que os elementos verificados nos autos dão conta de que o autor apresenta vida social normal, sem restrição decorrente do HIV, além de a família não se encontrar em situação de miserabilidade, não estão presentes os requisitos para o deferimento do benefício de prestação continuada. (TRF4, EINF 5027757-23.2010.4.04.7100, TERCEIRA SEÇÃO, Relator ROGERIO FAVRETO, juntado aos autos em 21/06/2017) (BRASIL, 2017).

Dentre os votos condutores do acórdão, destaca-se o proferido pelo desembargador Roger Raupp Rios. Em sua manifestação, pontuou que a avaliação da incapacidade ou da deficiência “deve adotar uma perspectiva social, valendo-se do modelo biopsicossocial.” (BRASIL, 2016b). Para justificar sua afirmação, citou a biografia de Stephen Hawking empregando os seguintes termos:

Hawking é uma celebridade científica e até midiática mundial.

Não somente graças à sua persistência, mas em especial pelo acesso a tratamento e equipamentos adequados, esse físico lecionou por anos e hoje é diretor de pesquisa em Departamento de Matemática Aplicada e Física Teórica da prestigiada Universidade de Cambridge, ostentando capacidade para a vida acadêmica profissional, com vasta produção contemporânea. Sua história é exemplo vivo de como a 'impossibilidade de desempenho', mesmo diante de doença tão severa (esclerose lateral amiotrófica) não pode ser, por si só, dissociada do contexto social, conclusiva pela incapacidade. A dimensão social, portanto, é decisiva para avaliar a 'impossibilidade para desempenho', elemento nuclear do conceito de incapacidade. (BRASIL, 2016b).

O desembargador também consignou que a compreensão adequada dos conceitos de incapacidade e de deficiência nos moldes da ordem jurídica vigente demanda a observância dos enunciados da CIF, cujos domínios e categorias abrangem aspectos importantes, tanto os biomédicos quanto os sociais (BRASIL, 2016b).

Acerca das particularidades do caso, ressaltou que a perícia realizada pelo profissional da medicina não levou em consideração os aspectos socioambientais do cotidiano da autora, não se atendo ao conceito de deficiência prescrito pela CIF. Isso porque não foi avaliada a intersecção da moléstia à condição econômica e social da requerente; à sua sujeição a circunstâncias discriminatórias; ao acesso a tratamento de saúde; e às manifestações corporais colaterais causadas pelo HIV, tais como lipodistrofias (BRASIL, 2016b).

Vê-se, então, que, mesmo no âmbito judicial brasileiro o debate acerca da abrangência da avaliação da deficiência ainda se projeta apenas horizontalmente. Com efeito, não se observa qualquer discussão acerca dos critérios empregados para se avaliar a deficiência, tampouco se observa qualquer discussão acerca de quais elementos concretos são capazes de justificar — diante do critério apropriado — a conclusão pela capacidade ou incapacidade da pessoa.

2.2 A PRESTAÇÃO SOCIAL PARA A INCLUSÃO (PSI) PORTUGUESA E AS DIRETRIZES DA AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA PARA SEU ACESSO

De forma semelhante ao que ocorre no Brasil, também visando a proteção social das pessoas com deficiência, o Estado português instituiu, por meio do Decreto-Lei n.º 126-A, de 6 de outubro de 2017, a Prestação Social para a Inclusão — PSI (PORTUGAL, 2017).

Segundo o artigo 3º do aludido diploma normativo, a deficiência possui o seguinte conceito:

Para efeitos do presente decreto-lei considera-se deficiência a perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de funções ou de estruturas do corpo, incluindo as funções psicológicas, causadoras de dificuldades específicas suscetíveis de, em conjugação com os fatores do meio, limitar ou dificultar a atividade e a participação na sociedade em condições de igualdade com as demais pessoas. (PORTUGAL, 2017).

O benefício português desdobra-se em três componentes, a fim de proporcionar proteções diferenciadas de acordo com a renda do indivíduo e a especificidade da deficiência. Os componentes base e complemento já foram implementados. Resta instituir o componente majoração (PORTUGAL, 2019, p. 4).

Os componentes base e complemento são devidos a todos os cidadãos com residência habitual em Portugal, inclusive estrangeiros e apátridas, maiores de 18 (dezoito) anos e que possuam incapacidade igual ou superior a 60% (sessenta por cento) certificada por meio do atestado multiuso emitido antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade (artigo 15º do Decreto-Lei n.º 126-A/2017). A percepção do componente complemento exige, de forma adicional, que o titular da prestação não seja beneficiário — tampouco faça parte de família que seja beneficiada — de outra benesse da assistência social, bem como exige que o titular não esteja cumprindo prisão, seja ela preventiva ou definitiva (artigo 16º do Decreto-Lei n.º 126-A/2017).

Caso a incapacidade seja maior ou igual a 80% (oitenta

por cento), é possível acumular o valor do componente base, que atualmente é de 273,39€ (duzentos e setenta e três euros e trinta e nove cêntimos) mensais, com outros rendimentos, inclusive pensão de invalidez e de velhice, sem qualquer limite. Nesse caso, são dedutíveis do benefício apenas os valores percebidos a título de complemento social (PORTUGAL, 2019, p. 11).

Nas hipóteses de incapacidade entre 60 e 79% (sessenta e setenta e nove por cento), ainda é possível acumular o benefício com outros rendimentos, inclusive provenientes de atividades laborativas, contudo os proventos são dedutíveis da PSI. Podem ser acumulados rendimentos decorrentes de trabalho com a PSI até o montante de 762,58€ (setecentos e sessenta e dois euros e cinquenta e oito cêntimos) mensais (12 meses). Caso os rendimentos não sejam provenientes de atividades laborativas, o limite máximo de cumulação é de 438,22€ (quatrocentos e trinta e oito euros e vinte e dois cêntimos) mensais (PORTUGAL, 2019, pp. 11-12).

Em relação a tais rendimentos, ressalta-se que, em se tratando do componente base, considera-se a renda do beneficiário exclusivamente. No entanto, o contrário ocorre ao tratar-se do componente complemento.

Isso porque o valor máximo dessa prestação, a saber 438,22€ (quatrocentos e trinta e oito euros e vinte e dois cêntimos) mensais, é aumentado em 75% (setenta e cinco por cento) para cada titular adicional na mesma família. Ou seja, havendo duas pessoas em condições de receber o componente complemento, o valor máximo da prestação corresponderá a 766,89€ (setecentos e sessenta e seis euros e oitenta e nove cêntimos) (PORTUGAL, 2019, p. 18).

Para apuração do complemento, é preciso calcular o limiar da prestação e deduzir do seu valor os rendimentos do agregado familiar. O limiar do complemento é resultante da multiplicação do seu valor de referência, correspondente a 438,22€ (quatrocentos e trinta e oito euros e vinte e dois cêntimos)

mensais, pelo coeficiente 1 (um) a cada titular da prestação; pelo coeficiente 0,7 (zero vírgula sete) a cada adulto não beneficiário; e pelo coeficiente 0,5 (zero vírgula cinco) a cada menor não beneficiário. Já os valores dos rendimentos a serem deduzidos do limiar do complemento englobam 89% (oitenta e nove por cento) dos rendimentos profissionais do beneficiário; 100% (cem por cento) dos rendimentos profissionais dos demais integrantes do grupo familiar; rendimentos de capitais e aluguéis de imóveis; pensões; prestações sociais; apoios públicos à habitação de natureza permanente; e o valor do componente base. Não são considerados como rendimentos o subsídio social de desemprego; os subsídios sociais decorrentes da parentalidade; os rendimentos sociais de inserção; o complemento solidário para idosos; o complemento por dependência; o complemento por cônjuge a cargo; e a prestação suplementar da pensão por riscos profissionais para assistência a terceira pessoa (PORTUGAL, 2019, pp. 16-18).

No que diz respeito à certificação da incapacidade, esta se dá por meio da emissão do atestado multiuso, aprovado pelo Despacho n.º 26.432, de 4 de dezembro de 2009 (PORTUGAL, 2009).

Da estrutura do atestado multiuso, extrai-se que a avaliação da deficiência para acesso à PSI é guiada, substancialmente, pelos preceitos da Tabela Nacional de Incapacidades — TNI, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 352, de 23 de outubro de 2007 (PORTUGAL, 2007).

A TNI em vigor divide-se em duas tabelas: a primeira, do Anexo I, trata das incapacidades decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais e a segunda, do Anexo II, estabelece parâmetros para a avaliação de danos corporais para fins de reparação civil (PORTUGAL, 2007).

Ambas as tabelas estabelecem índices predeterminados de incapacidade para cada enfermidade, considerando exclusivamente critérios médicos, olvidando-se circunstâncias

socioambientais. Nesse aspecto, destaca-se que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 352/2007 consigna a mera pretensão de aproximar a avaliação às diretrizes da CIF, sem, contudo, considerá-la. Confira-se:

A propósito de ambas as tabelas, refira-se, ainda, que visando um constante acompanhamento da sua correcta interpretação e aplicação e também a sua periódica revisão e actualização no sentido de nos aproximarmos, gradualmente, de uma tabela cada vez mais abrangente do ponto de vista da avaliação da pessoa segundo os parâmetros da Classificação Internacional da Funcionalidade da responsabilidade da Organização Mundial de Saúde e de acordo com a vontade do governo manifesta no Plano de Acção para a Integração das Pessoas com Deficiências ou Incapacidade, serão criadas comissões encarregues destas tarefas, à semelhança aliás do que já existia relativamente à Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. (PORTUGAL, 2007).

Na tabela do Anexo I — a qual é considerada para a avaliação da deficiência para acesso à PSI —, são previstos os coeficientes de incapacidade laborativa que devem ser atribuídos a cada dano corporal ou prejuízo funcional observado na avaliação.

Tais coeficientes correspondem aos percentuais de incapacidade. No caso de a pessoa ser insuscetível de reabilitação profissional, possuir mais de 50 (cinquenta) anos de idade ou estar presente alteração visível no seu aspecto físico que afete de forma relevante o desempenho das atividades laborativas, multiplicam-se os coeficientes de incapacidade pelo fator 1,5 (um vírgula cinco), de modo a majorá-los em 50% (cinquenta por cento). E, quando são observadas sequelas múltiplas, aplica-se o princípio da capacidade restante, de modo que seja deduzido da base de incidência do coeficiente secundário o percentual de incapacidade decorrente da lesão principal (PORTUGAL, 2007).

De modo exemplificativo, a despeito das incapacidades por sequelas oftalmológicas, a tabela do Anexo I da TNI estipula o coeficiente 0,95 (zero vírgula noventa e cinco), ou seja, 95% (noventa e cinco por cento) de incapacidade, para visão igual ou

inferior a 5% (cinco por cento) em ambos os olhos. Nessa hipótese, resta à pessoa 5% (cinco por cento) de capacidade. A essa capacidade residual, caso se observe, além da hipovisão, perda do globo ocular (anofthalmia) sem a possibilidade de prótese, deve incidir o coeficiente 0,10 (zero vírgula dez), de modo que a incapacidade global seja estabelecida no patamar de 95,5% (noventa e cinco vírgula cinco) (PORTUGAL, 2007).

Ainda no que se refere à avaliação da deficiência para acesso à PSI, destaca-se que esta não se distingue da avaliação para obtenção do BPC somente no que diz respeito à restrição aos aspectos médicos. De acordo com o que dispõe o item 8 do Anexo I do Decreto-Lei n.º 352/2007, é necessário que o perito fundamente todas as suas decisões (PORTUGAL, 2007), o que não ocorre na avaliação da deficiência para a concessão do BPC brasileiro, conforme pode ser observado nos parâmetros estabelecidos na Portaria Conjunta MDS/INSS n.º 2/2015.

Por outro lado, nota-se que, em Portugal, a fundamentação das conclusões constantes nos atestados médicos de incapacidade multiuso sofre restrições quanto à sindicabilidade judicial. Com efeito, a jurisprudência dos tribunais da justiça administrativa e fiscal portuguesa inclina-se a considerar as conclusões dos médicos peritos oficiais como expressão do que é denominado de “discricionariedade técnica”.

A título de exemplo, destaca-se o consignado pela 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Norte — 2º grau da jurisdição administrativa e fiscal portuguesa — no julgamento do Recurso Jurisdicional n.º 1264/09.0BEBRG, cujo julgado foi assim ementado:

JUNTA MÉDICA; FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

Sumário: I- O dever de fundamentação deve consistir na exposição suficiente, clara e congruente, dos factos e das razões jurídicas em que se baseia a decisão administrativa, e que permitam aos respectivos destinatários compreender o decidido; II- Os pareceres elaborados pelas Juntas Médicas situam-se no domínio da “discricionariedade técnica”, não podendo o tribunal substituir-se aos peritos médicos, a não ser que se verifique

um erro grosseiro ou manifesto.

(TCAN. Recurso Jurisdicional n.º 1264/09.0BEBRG. Relator Juiz Desembargador Joaquim Cruzeiro. Julgado em 3 de junho de 2016).

No caso a que se refere o julgado, a parte recorrente, autora da ação, pretendia a condenação do Ministério da Saúde a emitir novo atestado de incapacidade multiuso, no qual deveriam ser considerados os exames e relatórios médicos apresentados quando da avaliação realizada pela junta médica oficial (PORTUGAL, 2016).

Alegou possuir incapacidade permanente de 75% (setenta e cinco por cento) desde 2003. Tal incapacidade seria decorrente de enfermidades cardíacas e hipertensivas. Sustentou que, por ocasião da avaliação da junta médica, em 16 de janeiro de 2008, apresentou relatório médico lastreado em dois ecocardiogramas, sendo um contemporâneo à avaliação e outro datado de 2003. Nesse relatório, o médico cardiologista assistente consignou que a recorrente apresentava “cardiopatia hipertensiva, com hipertrofia ventricular esquerda”, cujo quadro de saúde se enquadrava “nas alíneas a), b) e d) do n.º 3.1.3-grau III, do ponto 3- Doença hipertensiva e na alínea a), b) e d) do n.º 1.3-grau III, do capítulo VI [...] [da TNI] e que lhe confere uma incapacidade de 75%” (PORTUGAL, 2016).

Todavia, a junta médica concluiu, em sede de recurso administrativo, que as moléstias observadas se subsomem aos itens 1.2 e 3.1.1 do Capítulo VI da TNI, conferindo à postulante uma incapacidade de apenas 53% (cinquenta e três por cento) (PORTUGAL, 2016).

Diante dessas duas conclusões antagônicas, 1ª Secção do TCAN resolveu acolher a tese da junta médica do Ministério da Saúde. Considerou, sobretudo, que o relatório do médico assistente não continha os elementos objetivos justificadores do diagnóstico apontado. Confirmaram-se os termos da fundamentação exposta no voto condutor do acórdão:

Analisando agora a nossa situação concreta verifica-se que o

recorrente vem sustentar que a sua doença hipertensiva se devia enquadrar no Capítulo VI, n.º 3.1.3 – grau 3. Para a doença ser enquadrada nesta área é preciso (de acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 341/93, de 30 de Setembro, aplicado ao caso dos autos) que o valor das pressões diastólicas medidas sejam repetidas vezes superiores a 100mm de mercúrio e o exame físico apresente, pelo menos, dois dos seguintes dados:

- a) As leituras da pressão diastólica sejam normalmente superiores ou iguais a 120mm de mercúrio.
- b) A análise da urina mostre proteinúria e outras alterações no sedimento urinário, mas sem lesão renal (função renal normal).
- c) Existam sequelas cerebrovasculares hipertensivas com alterações neurológicas residuais permanentes.
- d) Exista hipertrofia ventricular esquerda, sem insuficiência cardíaca congestiva.
- e) A existência de retinopatia hipertensiva com ou sem hemorragias ou exsudados.

Refere o recorrente que no relatório médico que juntou vem referido que no seu caso concreto vêm descritos com linear clareza os seguintes dados clínicos para a doença hipertensiva do Recorrente:

- A existência de uma hipertrofia ventricular esquerda documentada por ecocardiograma datado do ano de 2003.
- A análise da urina mostra proteinúria.
- As medições da TA mostram com frequência valores diastólicos de 120 mmHg (conclusão 30).

É de referir, em primeiro lugar, que o relatório médico apresentado pelo recorrente será apenas um auxiliar a ter em conta pela Junta Médica, mas não pode fundamentar, só por si, qualquer conclusão. Esta terá de ser retirada dos exames médicos e da sua análise feita pela própria Junta. O relatório médico apresentado pelo recorrente baseia-se, como o mesmo refere, num Ecocardiograma, mas não se vê junto qualquer exame à urina, ou outros exames que por exemplo venham referir que o valor das pressões diastólicas medidas sejam repetidas vezes superiores a 100mm de mercúrio.

O relatório apresentado pelo recorrente não se encontra fundamentado nas suas conclusões de tal forma que se possa concluir que o resultado final tenha erro grosseiro ou manifesta na sua

apreciação.

Por seu lado, no acto impugnado vem referido que o mesmo se baseia em ecocardiograma, e que o mesmo revela, como já transcrevemos, hipertrofia das paredes ventriculares de grau ligeiro. Vem referido que ocorre função ventricular esquerda globalmente conservada... Não se verificam... em repouso nem limitações de sua actividade rotineira não dependendo de terceiros mantendo capacidade para a condução automóvel. O relatório faz mesmo referência à hipertensão referido no relatório com alterações das análises de urina e hipertrofia ventricular esquerda.

Ou seja, foram analisados os dados referidos pelo recorrente tendo a junta médica a determinada conclusão. Não se vê nesta análise que haja qualquer erro grosseiro ou manifesto que leve a que o acto possa ser anulado. Aliás todo o relatório vai no sentido de a doença ou doenças apresentadas pelo recorrente não atingirem um grau significativo.

Não vêm assacados outros vícios ao acto impugnado.

Assim sendo, não se considera que tenha corrido qualquer erro de julgamento na apreciação realizado pelo Tribunal a quo, não se confirmando a censura que lhe vem assacada, devendo, assim, manter-se a decisão recorrida.. (PORTUGAL, 2016, itálico no original).

Observa-se que, malgrado a decisão do TCAN tenha considerado a avaliação da junta médica oficial como inserta no domínio da “discricionarietà técnica”, examinaram-se os elementos de cognição que fundamentaram a decisão administrativa, bem como os critérios por ela utilizados.

Disso pode-se inferir que, ao contrário do que ocorre no Brasil, o debate acerca da avaliação da incapacidade em Portugal apresenta profusão vertical, privilegiando a fundamentação das decisões. Todavia, as avaliações para acesso à PSI são menos abrangentes na perspectiva horizontal, pois não abarcam os domínios socioambientais nos quais se insere a pessoa que apresenta enfermidades.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DA AVALIAÇÃO DA DEFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA NÃO-POSITIVISTA

A questão da escassez de fundamentação na avaliação da deficiência, como ocorre, sobretudo, quando se está a tratar da concessão do BPC no Brasil, implica em discorrer sobre as teorias epistemológicas que se relacionam ao tema, bem como aquelas que propõem um modelo ideal de argumentação.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a utilização da linguagem codificada da CIF como base para avaliação de estados da saúde sem priorizar a justificabilidade traz à tona as reflexões epistemológicas inerentes ao Neopositivismo (Positivismo Lógico ou Empirismo Lógico), oriundo do Círculo de Viena dos anos 1930.

Para o Neopositivismo, o conhecimento científico deveria ser produzido por meio da decomposição lógica e gradual das afirmações ao nível em que a percepção sensorial humana pudesse confirmar a veracidade ou a falsidade de cada enunciado, sendo as afirmações, desta forma, autojustificáveis. Com a verdade empírica das “sentenças protocolares”, defendia-se a possibilidade de constituir, indutivamente, enunciados mais complexos, argumentando que, a partir da relação consolidada entre as construções autopsíquicas e os objetos físicos, são construídos os objetos heteropsíquicos e, por fim, os objetos das ciências sociais (HAHN; CARNAP; NEURATH, 1986, p. 12).

Nota-se que tal procedimento assemelha-se em grande medida à avaliação da deficiência para acesso ao BPC. Com efeito, tanto nas determinações da Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015 quanto nas prescrições neopositivistas, a partir de um conceito abrangente, procede-se à sua decomposição lógica até o nível em que o enunciado mais elementar possa ser justificado pela simples observação.

Do ponto de vista filosófico, o Neopositivismo mostra-se coeso aos princípios do empirismo, para o qual um enunciado só é significativo na medida em que for fundado na experiência, e do logicismo, por somente considerar enunciados

amoldados à linguagem da lógica (CARVALHO, 1989, p. 65). Apresentava-se fortemente avesso à teologia, à metafísica e ao apriorismo kantiano. Propunha o estabelecimento de uma ciência unificada por meio da análise lógica da linguagem aplicada ao material empírico. Basicamente, o que o Círculo de Viena chamava de “Concepção Científica do Mundo” configurava-se como empirista e positivista, pois só reconhecia o conhecimento dado empiricamente, e logicística, porquanto preconizava a análise lógica das experiências como método científico (HAHN; CARNAP; NEURATH, 1986, p. 11-12). Sem embargo, mostra “afinidade com os sofistas e não com os platônicos; com os epicuristas e não com os pitagóricos, com todos aqueles que defendem o ser mundano e da imanência [*diesseitigkeit*]”. (HAHN; CARNAP; NEURATH, 1986, p. 10, colchetes no original).

Nesse grupo do Círculo de Viena, Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Otto Neurath destacaram-se por apresentar estudos relacionados a uma linguagem científica composta por sentenças protocolares, as quais funcionariam como jargões universais para estruturar a linguagem da ciência de uma forma que as respostas não se contradigam (CUNHA, 2008, p. 11).

Rudolf Carnap, em seu artigo *On Protocol Sentences*, apresentou um exemplo, comparável à linguagem unificada da CIF, daquilo que seria um conjunto de sentenças protocolares capaz de expressar uma determinada condição climática, a saber: uma máquina apresenta os números de 1 a 5 em determinadas circunstâncias que correspondem aos seguintes eventos:

- 1: está chovendo
- 2: está nevando
- 3: está chovendo granizo
- 4: levemente
- 5: fortemente

Com a ajuda deste dicionário podemos traduzir certas combinações de sinal em frases de nossa linguagem, por exemplo, '1,5', em 'Está chovendo fortemente'. É importante, por outro lado, que [com o dicionário] podemos traduzir combinações,

por exemplo, ‘3,5’ em ‘Está chovendo granizo fortemente’, que ainda não foram previamente observadas.⁴ (CARNAP, 1996, p. 82-83, tradução nossa).

Com efeito, as prescrições oriundas do Círculo de Viena consistiam basicamente numa atividade de tornar claras as ideias, conceitos e métodos científicos procedendo por meio da análise lógica e unificação da linguagem, com a finalidade de (i) reconstruir racionalmente os enunciados científicos, (ii) proporcionar verificabilidade às afirmações elementares, (iii) buscar critérios de significado empírico para a refutação da metafísica e, por fim, (iv) superar a dicotomia entre ciências humanas e ciências da natureza (BOMBASSARO, 1992, p. 27).

Sua pretensão não era a proposição de teses filosóficas próprias, mas ser identificada pela forma como orientava suas pesquisas e pelos seus pontos de vista. Tinha como principal objetivo a unificação da ciência, com ênfase no intersubjetivamente apreensível, por meio da análise lógica, instrumentalizada pela utilização de fórmulas neutras e de “um simbolismo liberto das impurezas das linguagens históricas” (HAHN; CARNAP; NEURATH, 1986, p. 10).

Não obstante à ênfase do Neopositivismo no estabelecimento de uma linguagem neutra, seu critério de demarcação entre o científico e o metafísico era definido pelo valor cognitivo das sentenças. A verificabilidade empírica dos enunciados por meio da experiência sensorial perfectibilizava o ideal científico neopositivista. Prescrevia-se que se uma sentença possui apenas termos observacionais, como ‘esta cadeira é azul’, ela somente será válida se refletir os dados dos sentidos. Caso possua termos teóricos ou não-observacionais, como ‘gene’ ou ‘elétron’, ela deverá ser reduzida a termos observacionais para ser válida para

⁴ 1: it is raining; 2: it is snowing; 3: it is hailing; 4: lightly; 5: hard. With the help of this dictionary we can translate certain signal combinations into sentences of our language, e.g. ‘1,5’, into ‘It is raining hard’. It is important, moreover, that [with dictionary] we can translate combinations, for example ‘3,5’ into ‘It is hailing hard’, which have not been previously observed. (CARNAP, 1996, pp. 82-83).

os parâmetros neopositivistas (DUTRA, 2003, pp. 59-63).

Nessa linha, a validação dos enunciados na Concepção Científica do Mundo seria garantida pela precisa lógica simbólica, que conduziria com exatidão o processo intuitivo de inferência do pensamento comum tanto à redução de conceitos abstratos a experiências sensíveis quanto à constituição destas experiências em conceitos abstratos. Cabe ressaltar, no entanto, que a prescrição filosófico-metodológica do Neopositivismo incluía apenas a estrutura de seus enunciados, mas não a sua essência, de modo que, nesta descrição científica inclui-se “apenas o que também um cego pode, em princípio, compreender”. (HAHN; CARNAP; NEURATH, 1986, pp. 12-13).

No que tange à validação dos enunciados elementares, o pensamento presente no Círculo de Viena variava entre o verificacionismo absoluto — defendido pela ala conservadora do grupo, encabeçada por Schlick —, e o coerentismo — advogado por sua ala relativista, iconizada por Neurath (CUNHA, 2008, pp. 11-13).

Schlick sustentava a tese correspondentista, para a qual a uma sentença protocolar somente seria verdadeira caso correspondesse invariavelmente a um fato ou objeto. Segundo o neopositivista, “*Definitivo* é um excelente termo para designar a validade das proposições resultantes da observação. Estas constituem um fim absoluto, nelas se cumpre a respectiva função do conhecimento.” (SCHLICK, 1980, pp. 75-78, grifo no original).

Relativizando o correspondentismo, Carnap sustentava que a correspondência convencionalmente estabelecida pelos cientistas entre a sentença protocolar e o mundo real determinaria a verdade de cada enunciado, porquanto a simples observação não seria suficiente para elidir todas as dúvidas acerca da validade de uma sentença, sendo necessário, em determinado ponto, convencionar o julgamento (CARNAP, 1980, pp. 172-173).

Por outro lado, Neurath afirmava que a correção das sentenças protocolares decorre da sua própria coerência com o

sistema da qual faz parte, sustentando que «Se uma declaração é feita, é para ser confrontada com a totalidade das declarações existentes. Caso concorde com as demais, ela é aproveitada; caso não concorde, é tida como “falsa” e rejeitada.»⁵ (NEURATH, 1996, p. 75, tradução nossa).

A crítica à epistemologia lógico-positivista teve como principal expoente o pensamento de Karl R. Popper, o qual se debruçou, incisivamente, sobre três problemas da epistemologia, sendo eles, a lógica da investigação, o critério de demarcação e a objetividade científica (BOMBASSARO, 1992, pp. 28-30).

Dentre esses três problemas, as questões do critério de demarcação e da objetividade científica mostram-se mais relevantes ao contexto do presente trabalho, pois dizem respeito à argumentação e à justificabilidade, que são as objeções que se pretende apresentar ao procedimento avaliativo governado pela mera qualificação dos domínios da CIF.

A despeito da lógica da pesquisa, ainda que o resultado do processo avaliativo consista na sintetização de diversos códigos da CIF, entendemos que a configuração da incapacidade nestes moldes é mais uma questão de política de proteção social que de método científico. De toda forma, faz-se necessário abordar as três questões conjuntamente dado seu encadeamento, conforme será observado adiante.

Ultrapassada a ressalva, consigna-se que, em relação à lógica da investigação, Popper refutou o indutivismo postulado pelos neopositivistas, sustentando que não é possível inferir enunciados gerais de enunciados particulares, por mais numerosos que sejam estes. Quanto ao ponto, convém citar uma de suas máximas: “independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que *todos* os cisnes são brancos” (POPPER, 2013, p. 27, grifo no

⁵ *If a statement is made, it is to be confronted with the totality of existing statements. If it agrees with then, it is joined to them; if it does not agree, it is called “untrue” and reject.* (NEURATH, 1996, p. 75)

original).

Para Popper, malgrado a inferência indutiva possa alcançar algum grau de confiabilidade ou de probabilidade, seus enunciados científicos nunca poderão alcançar a certeza absoluta. Sendo assim, cada passo dado indutivamente na formação do conhecimento seria decorrência mais da intuição que da racionalidade (POPPER, 2013, pp. 27-30).

Com efeito, Popper sustentou que a construção de teorias, hipóteses ou enunciados gerais é algo de interesse da psicologia empírica e não da lógica científica, pois não há lógica, e sim mera intuição, no caminho percorrido pelo cientista para as suas descobertas. Jamais seria possível reconstruir logicamente a estimulação e a inspiração inerentes aos processos mentais que levam às inovações. Dessa forma, a lógica do conhecimento, em oposição à psicologia do conhecimento, deve se ater a questões de justificação ou validade, cujas ações consistem “[...] apenas em investigar os métodos empregados nas provas sistemáticas a que toda idéia nova deve ser submetida para que possa ser levada em consideração.” (POPPER, 2013, pp. 30-31).

A opção de Popper pela lógica dedutiva exerceu influência no seu critério de demarcação entre o científico e o metafísico (ou simplesmente não científico). Popper advogou a tese da falseabilidade (*modus tollens*) em contraponto à verificabilidade (correspondência a fatos ou objetos) postulada pela ala conservadora do Neopositivismo. Rejeitou veementemente qualquer proposta de validação de um enunciado geral a partir da verificabilidade de enunciados particulares, com o auxílio de inferências indutivas. Sua falseabilidade consistia na sujeição à prova dos enunciados singulares, deriváveis dedutivamente de enunciados abstratos, em um sentido negativo, por meio da refutação empírica (POPPER, 2013, pp. 32-40).

A falseabilidade popperiana, entretanto, não possuía o mesmo objetivo da verificabilidade neopositivista. Para o Neopositivismo, a verificabilidade funcionava tanto como um

critério de demarcação entre o científico (empírico) e o metafísico quanto como um critério de validação das afirmações (DUTRA, 2003, p. 64). Para Popper, por outro lado, a falseabilidade tratava somente de um critério de demarcação (POPPER, 2013, p. 38).

Isso ocorre, *a fortiori*, porque, na teoria de Popper, há clara distinção entre conhecimento e ciência objetiva. No que tange ao conhecimento, o filósofo admite que somente a observação pode nos proporcionar consciência dos fatos. Todavia, quando se está a tratar dos aspectos mundanos sob a perspectiva científica, a epistemologia deve se preocupar em encontrar o melhor modo para testar e criticar as teorias e afirmações ao invés de tentar defendê-las da dúvida (POPPER, 2013, p. 85).

Como pode ser notado, no pensamento de Popper, “Elegger a falseabilidade como aquilo que caracteriza os sistemas científicos de teorias resolve o problema da demarcação [...], mas ainda não resolve o problema da confirmação [...]” (DUTRA, 2003, p. 73.). Em outros termos, “Dizer que uma teoria é falseável significa apenas afirmar que é possível deduzir consequências testáveis de tal teoria, mas o problema do teste efetivo da teoria é outro problema.” (DUTRA, 2003, p. 73.).

Reiterando, percebe-se que a teoria de Popper postula, substancialmente, que a ciência deve ocupar-se dos critérios e dos métodos de observação, e não da observação propriamente dita, já que esta é subjetiva. É dizer: não importaria para a ciência ter a certeza, por exemplo, de que determinada pessoa possui hipertensão, mas quais métodos e critérios devem ser considerados para aferir e avaliar a pressão arterial.

Partindo para a questão da confirmação de uma teoria, adentra-se no terceiro problema abordado por Popper, que trata da objetividade científica. O tratamento dado pelo filósofo à questão da dicotomia entre objetividade e subjetividade não difere da abordagem kantiana, a qual prescreve que o termo ‘objetivo’ indica «[...] que o conhecimento científico deve ser

justificável, independentemente de capricho pessoal; uma justificação será “objetiva” se puder, em princípio, ser submetida à prova e compreendida por todos.» (POPPER, 2013, p. 41, grifo no original).

Deveras, ao exigir objetividade para justificar enunciados científicos, Popper afasta-se de qualquer possibilidade de confirmar tais enunciados por meio das experiências pessoais, como prescrevia o Neopositivismo (POPPER, 2013, p. 43).

De outra parte, há de destacar que, na teoria popperiana, a questão da objetividade, justificabilidade e da aceitação dos enunciados básicos envolve o trilema dogmatismo *vs.* regressão infinita *vs.* psicologismo, o chamado Trilema de Fries (POPPER, 2013, p. 81).

Sua contextualização tem em conta a não aceitação dogmática dos enunciados científicos, mas uma justificação que considere a lógica e a objetividade. No entanto, nessa justificação, a utilização de enunciados lógicos e objetivos demanda, invariavelmente, a utilização de outros enunciados lógicos e objetivos, induzindo uma regressão infinita. Dessa forma, o psicologismo, consubstanciado na percepção sensorial, tende a apresentar-se como uma alternativa aparentemente inevitável para inibir a regressão infinita e resolver o Trilema (POPPER, 2013, pp. 81-82).

Para contornar essa subjetividade (psicologismo), o filósofo postulou a necessidade de os enunciados básicos serem objetivos e suscetíveis de teste intersubjetivo (POPPER, 2013, pp. 43-44). Tal intersubjetividade seria alcançada por meio da observabilidade, e não da observação. Para tanto, um enunciado básico deve descrever, de forma singular, a ocorrência de um evento homotípico (um domínio da CIF, por exemplo) materialmente observável, de modo a possibilitar não só testes intersubjetivos, mas também de testes intersensoriais (POPPER, 2013, pp. 78; 89).

Como pode ser observado, a prescrição popperiana

consiste em agregar às afirmações (ou às teorias) o máximo de elementos que proporcionem observabilidade, de modo a torná-las, com a maior intensidade possível, suscetíveis a testes intersubjetivos, realizáveis por meio da observação.

Sem embargo, no que diz respeito à observação, Popper argumentou que “As experiências podem *motivar* uma decisão e, conseqüentemente, a aceitação ou rejeição de um enunciado, mas um enunciado básico não pode ver-se *justificado* por elas – não mais do que por um murro na mesa.” (POPPER, 2013, pp. 91-92, grifo no original).

Atendo-se ao objeto do presente trabalho, pode-se afirmar que o aludido postulado equivale à prescrição de que a simples observação do perito não poderia ser considerada suficiente para justificar sua decisão de qualificar um determinado domínio da CIF de uma ou de outra maneira. Para tanto, seria necessário que o avaliador, em sua fundamentação, demonstrasse elementos objetivos por ele considerados, de modo a tornar sua decisão repetível e suscetível de teste intersubjetivo.

Sobre isso, importa registrar que os procedimentos previstos na Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015 e na TNI, que governam as avaliações para acesso ao BPC e à PSI, respectivamente, apenas induzem a justificação, mas não a garantem por si próprias.

A distinção entre uma justificação propriamente dita e uma decisão derivada de um sistema de normas, para Popper, pode ser esclarecida com o auxílio de uma analogia ao processo de julgamento por um júri. O veredito do júri, guiado pela percepção sensorial e pelas convicções subjetivas dos jurados, é uma resposta a uma questão de fato (*quid facti*) governada por sistema de normas e que fornece uma verdade objetiva, mas na qual há espaço para tendenciosidades e que não pode ser contestada quanto ao seu conteúdo, mas apenas quanto ao seu procedimento (POPPER, 2013, pp. 92-95).

Em contraste, a decisão do juiz é racional e contém uma

justificação. Sua decisão consiste em uma declaração de motivos decorrente da aplicação de um sistema teórico e passível de crítica intersubjetiva. Com efeito, o juiz promove sua justificação subsumindo os enunciados fáticos ao sistema jurídico, bem como expõe as razões pelas quais procedeu à subsunção de tal maneira. Isso confere à decisão não só de correção quanto ao procedimento, mas também de correção quanto ao conteúdo (*quid juris*) (POPPER, 2013, pp. 95-96).

Popper ainda sustentou que a declaração de motivos — resultado da observação e corpo da justificação — nada tem de absoluto. O processo de justificação seria análogo à construção de um edifício em um pântano, onde os pilares são enterrados até onde se considera que estão suficientemente firmes, e não quando se encontra uma base inabalável (POPPER, 2013, p. 96).

Pois bem. Remetendo-se à decisão da 1ª Seção do Tribunal Central Administrativo Norte — TCAN no julgamento do Recurso Jurisdicional n.º 1264/09.0BEBRG, sobre a qual se dissertou no tópico anterior, pode-se ontologizar o Trilema de Fries e o problema da subjetividade tratados por Popper.

Primeiramente, é necessário registrar que tal decisão, no sentido de declarar inexistente a deficiência, foi governada por um sistema teórico-normativo hierarquicamente mais abstrato que a ciência médica, qual seja: a Tabela Nacional de Incapacidades — TNI.

No que tange ao dogmatismo, não se discutiu a legitimidade dos critérios definidos na TNI, tampouco as condições de observabilidade prescritas pela ciência médica, não sendo este, portanto, o ponto crítico da decisão. O dissenso observado também não se relaciona ao regresso ao infinito, pois não se aventou a necessidade de se investigar a consistência cognitiva do ecocardiograma que instruiu a avaliação. Por outro lado, observa-se no juízo avaliatório um ponto de inflexão que se relaciona ao psicologismo, já que, mesmo diante de iguais evidências, o médico assistente e a junta médica concluíram de modo diverso.

Nesse aspecto, observa-se que o trilema foi resolvido de forma semelhante ao prescrito por Popper. Isso porque as afirmações foram submetidas ao teste intersubjetivo considerando-se, de um lado, os elementos de observabilidade dados pela ciência médica, e de outro, os elementos objetivos de observação, especialmente os constantes no ecocardiograma contemporâneo à avaliação, ao qual se fez referência na fundamentação do acórdão.

Com efeito, na decisão do TCAN expôs-se que as conclusões do médico assistente não eram corroboradas por evidências obtidas por meio de exames independentes da sua percepção sensorial individual, tais como exames de urina e de monitoramento contínuo da pressão arterial.

Por conta disso, prevaleceu a conclusão da junta médica, a qual considerou, diante das informações contidas no ecocardiograma, estar preservada a função cardiovascular global, bem como inexistir limitações, em repouso, às atividades rotineiras da pessoa demandante da benesse estatal.

Pois bem. Partindo da epistemologia *lato sensu* para a ciência jurídica, cabe destacar que questão análoga ao Trilema de Fries, exposto por Karl Popper, é também objeto de estudo no campo do Direito.

Com efeito, a teoria da argumentação jurídica postulada por Robert Alexy, debruça-se sobre a resolução do Trilema de Münchhausen, proposto por Hans Albert, cujas escolhas indesejáveis à fundamentação consistem na arbitrariedade (dogmatismo), no regresso ao infinito e na circularidade lógica (ALEXY, 2001, pp. 179-181; 201, nota 9).

As teorias, tanto de Karl Popper, quanto de Hans Albert, são expressões da filosofia analítica e do racionalismo crítico, correntes epistemológicas de raízes kantianas sobre as quais Alexy desenvolveu sua teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2015, p. 330).

Da mesma forma como Popper advogou a resolução do

Trilema de Fries, a resolução do Trilema de Münchhausen proposta por Alexy volta-se à submissão da argumentação à crítica intersubjetiva. No entanto, para fazê-lo, ao invés de prescrever a inserção de elementos objetivos que proporcionem observabilidade, como Popper, Alexy propõe a utilização de regras de discussão racional — as regras do discurso — visando substituir a exigência de infinitas justificações “por uma série de condições que governem o procedimento de justificação.”, proporcionando-lhe racionalidade conjugada à pretensão de correção quanto ao conteúdo (ALEXY, 2001, pp. 180-181).

A resolução do Trilema de Münchhausen proposta por Alexy, então, se perfectibiliza por meio da substituição do sistema de justificação de um enunciado por outro enunciado (argumentação substantiva) por um sistema de justificação que demonstre que o enunciado foi produzido segundo regras procedimentais (argumentação procedimental). Não obstante o procedimento, no plano substancial a argumentação deve aspirar ao consenso racional, de forma que, para o mesmo objeto, tanto o participante quanto o parceiro do direito possam atribuir a ele o mesmo predicado (ALEXY, 2001, p. 92).

Tal raciocínio é derivado, essencialmente, da concatenação dos argumentos de Hare, Habermas e Baier. Nos termos de Hare, aquele que utiliza uma regra para justificar uma decisão, deve aceitá-la em uma condição de alteridade. Para Habermas, todos aqueles que estão sujeitos à aplicação da regra devem aceitá-la. Por fim, Baier prescreve a necessidade de a regra de justificação ser ensinável de forma aberta e geral (ALEXY, 2001, pp. 197-199).

Sem embargo da correção quanto ao conteúdo das questões ônticas, Alexy expõe que pode haver a necessidade de se averiguar a solidez da regra que traduz determinada circunstância de fato em juízo de valor. E, à medida que se discute a validade dessa regra, o discurso passa do nível prático para o nível teórico (ALEXY, 2001, p. 195).

Nesse aspecto, cabe ressaltar que, quando se está a tratar da avaliação para acesso à PSI, a argumentação no nível teórico é sobremaneira abreviada por conta de as regras aplicáveis à avaliação já estarem, praticamente pode completo, definidas na TNI.

Não se olvida que uma lista predeterminada de graus de incapacidade possa sugerir certo dogmatismo, elemento presente nos trilemas de Fries e de Münchhausen. Contudo, acredita-se que, se tal lista é resultado de um acordo prévio e fundamentado, bem como estabelece critérios flexíveis às circunstâncias, não há razão para desconsiderá-la. Pelo contrário, o preestabelecimento de determinados critérios, ao mesmo tempo que inibe interpretações “paroquiais” acerca das contingências que induzem a deficiência, promove a estruturação do pensamento público relacionado às capacidades das pessoas.

A despeito disso, inclusive, Amartya Sen sustenta que a abordagem das capacidades é inteiramente compatível com orientações e acordos parciais. Isso porque o principal objetivo é emitir os juízos comparativos acertadamente por meio de uma fundamentação pública, e não gerar uma obrigação de opinar sobre a totalidade de comparações possíveis de serem feitas (SEN, 2011, p. 278).

Atendo-se ao objeto do estudo, vê-se que a Portaria Conjunta INSS/MDS n.º 2/2015, que orienta a avaliação para obtenção do BPC brasileiro, além de não estabelecer a necessidade de demonstração dos elementos de observabilidade que induziram o avaliador a emitir seu juízo, não estabelece também a necessidade de se expor o critério avaliatório considerado, gerando um vácuo de fundamentação, não só no nível prático, mas também no nível teórico.

Para superar essa ausência de fundamentação, advoga-se que, no nível prático, a questão passa pela definição de critérios e elementos de observabilidade de cada domínio da CIF, nos moldes prescritos por Popper. E, no nível teórico, pela

demonstração dos parâmetros de observabilidade eleitos, como receitado por Alexy.

Quanto a isso, sustenta-se também que a remissão do avaliador às disposições da TNI pertinentes ao domínio avaliado auxilia a fundamentação a passar no teste intersubjetivo. Não havendo disposições na TNI que se apliquem ao caso ou sendo tais disposições insuficientes, mostra-se adequado recorrer aos parâmetros de observabilidade majoritariamente aceitos pelas ciências médica e da assistência social.

CONCLUSÃO

No primeiro tópico buscou-se evidenciar que o conceito de deficiência não se vincula aos recursos que impactam ou são impactados pelas capacidades das pessoas. Isso porque há diferentes possibilidades de conversão de recursos em capacidades e vice-versa.

Concluiu-se também que a avaliação da conversão de recursos em capacidades mostra-se indissociado da mensurabilidade analítica das contingências sociais. Com efeito, medidas generalizantes, insensíveis aos fatores explicativos de qualidade de vida, tais como PIB e renda *per capita*, não se mostram aptos a avaliar aspectos que realmente impactam na qualidade de vida das pessoas, o que obstaculiza a proposição e a avaliação de políticas públicas voltadas a garantir liberdades substanciais.

Já no segundo tópico, procedeu-se à comparação dos procedimentos de avaliação da deficiência para acesso ao BPC no Brasil e à PSI em Portugal. Registrou-se que a avaliação para a concessão do BPC é realizada segundo os parâmetros definidos na Portaria Conjunta MDS/INSS n.º 2/2015, os quais se remetem à CIF. Pontuou-se que, apesar de a avaliação abranger aspectos socioambientais da deficiência, a referida portaria não estabelece a necessidade de justificação da avaliação.

Consignou-se também que a avaliação para acesso à PSI

não é tão abrangente quanto à avaliação do BPC. Contudo, de acordo com o que dispõe o item 8 do Anexo I do Decreto-Lei n.º 352/2007, é necessário que o perito fundamente todas as suas decisões, o que não ocorre na avaliação brasileira.

No terceiro e último tópico, demonstrou-se, inicialmente, que a justificação por meio da decomposição lógica e gradual do conhecimento até o ponto que os enunciados mais elementares possam ser justificados pela simples observação, como ocorre quando se emprega a CIF como instrumento avaliatório, equivale a pôr em prática a epistemologia neopositivista do Círculo de Viena.

Não obstante, expôs-se que os postulados lógico-positivistas foram alvo de duras críticas por parte de Karl Popper, que objetou, sobretudo, o subjetivismo do processo de justificação prescrito pela corrente de pensamento logicístico. Popper debruçou-se incisivamente sobre a resolução do Trilema de Fries. Postulou que, dentre as três escolhas indesejáveis da fundamentação, quais sejam, dogmatismo, psicologismo e regresso ao infinito, o psicologismo tende a ser preponderante.

Para contornar a subjetividade, Popper advogou a necessidade de agregar elementos de observabilidade à fundamentação, de modo que qualquer pessoa, ao observar o mesmo evento, possa alcançar a mesma conclusão. Sustentou, outrossim, que apesar de a observação ser algo subjetivo, a observabilidade não é. Portanto, a seu ver, é sobre os parâmetros de observabilidade que a ciência deve se ocupar, e não sobre as formas como devem ser provadas as teorias.

No âmbito da ciência do direito, Alexy enfrentou trilema análogo: o Trilema de Münchhausen. Este não difere substancialmente do Trilema de Fries. Contudo, Alexy aduz ser o regresso ao infinito a escolha indesejável que se mostra predominante na fundamentação. Para resolvê-lo, postulou a submissão da justificação a determinadas regras, que as denominou regras do discurso.

Entre as regras, ganham destaque que impõem ao argumentador a demonstração de que o critério por ele utilizado para emitir seus juízos de valor é dotado, ao mesmo tempo, de alteridade, aceitabilidade e inteligibilidade, o que lhe confere intersubjetividade na medida em que se verificam tais atributos.

Não obstante, sustentou-se que a utilização de argumentos teóricos definidos previamente não implica em dogmatismo. Com efeito, definições prévias, como a Tabela Nacional de Incapacidades (TNI) utilizada na avaliação para acesso à PSI, não se mostram autoritárias ou reducionistas caso sejam flexíveis às circunstâncias e decorrentes de um acordo fundamentado. Pelo contrário, o preestabelecimento parcial de critérios, ao mesmo tempo que inibe interpretações “paroquiais” acerca das contingências que induzem a deficiência, promove a estruturação do pensamento público afeto às capacidades das pessoas.

Em vista dessas considerações, conclui-se que, para proporcionar maior efetividade às assistências sociais brasileira e portuguesa, faz-se necessário estender à PSI a abrangência da avaliação para acesso ao BPC, da mesma forma como se mostra relevante estender ao BPC a fundamentação que se observa na avaliação para obtenção da PSI.

Isso porque, no âmbito da avaliação conjuntural sobre estados de saúde e a interação entre os indivíduos da sociedade, a CIF — que serve de base para avaliação para acesso ao BPC — revela-se um importante avanço, sobretudo em relação à amplitude do conceito de deficiência, o qual não considera os funcionamentos somente do ponto de vista médico, mas também os fatores relacionados ao ambiente em que a pessoa vive.

Sem embargo do conceito alargado de deficiência impregnado na CIF, a publicização dos critérios a serem considerados quando da qualificação dos seus domínios — como ocorre, de certo modo, na avaliação para acesso à PSI à medida que se utiliza a TNI — é outro ponto que agrega elementos de legitimidade à avaliação da deficiência para acesso à assistência social.

E, como já salientado, o preestabelecimento parcial de critérios (dotados de alteridade, aceitabilidade e inteligibilidade), ao mesmo tempo que inibe interpretações individuais acerca das contingências que induzem a deficiência, promove a estruturação de um pensamento público sobre as capacidades das pessoas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.
- _____. Decreto n.º 6.214 de 26 de setembro de 2007. Regula o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao artigo 162 do Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999,

e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 set. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Lei n.º 8.742 de 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 dez. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. 188 p. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Ministério da Previdência Social, 2007b.

_____. Portaria Conjunta MDS/INSS n.º 2 de 30 de março de 2015. Dispõe sobre critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médica da pessoa com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 abr. 2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=09/04/2015&jornal=1&pagina=82&totalArquivos=168>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática que negou seguimento ao REsp n.º 1.712.089/RS. Recorrente K. S. da S. e Recorrido Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Relator Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 16 abr. 2018. Publicado em: 3 maio. 2018. Disponível

em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82398734&num_registro=201703138477&data=20180503&tipo=0. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de decisão que declarou a inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, do artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/1993. Reclamação n.º 4.374/PE. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 18 abr. 2013. Publicado em: 4 set. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2382733>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão que deu provimento aos embargos infringentes para julgar improcedente o pedido de concessão do BPC à autora portadora do vírus HIV. Embargos Infringentes n.º 5027757-23.2010.4.04.7100/RS. Embargante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Embargada K. S. da S. Relator Des. Federal Rogério Favretto. Julgado em: 12 jan. 2017. Publicado em: 21 jun. 2017. Disponível em: https://ww2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50277572320104047100&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefid=89403d6e1cd32c252d607996de5e2f2a&txtPalavraGerada=AuYY. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão que deu provimento ao recurso de apelação para julgar procedente o pedido de concessão do BPC à autora portadora do vírus HIV. Apelação Cível n.º 5027757-

23.2010.4.04.7100/RS. Apelante K. S. da S e Apelado Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator para Acórdão Des. Federal Celso Kipper. Julgado em: 16 dez. 2015. Publicado em: 18 jan. 2016a. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50277572320104047100&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefid=89403d6e1cd32c252d607996de5e2f2a&txtPalavraGerada=AuYY.: Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Voto do Des. Federal Roger Raupp Rios que destacou a necessidade de se observar os preceitos estampados na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) na avaliação da deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). Embargos Infringentes n.º 5027757-23.2010.4.04.7100/RS. Embargante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Embargada K. S. da S. Relator Des. Federal Rogério Favretto. Proferido em: 16 dez. 2016. Publicado em: 16 dez. 2016b. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50277572320104047100&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefid=89403d6e1cd32c252d607996de5e2f2a&txtPalavraGerada=AuYY.: Acesso em: 17 set. 2019.

CARNAP, Rudolf. *On Protocol Sentences*. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf; NEURATH, Otto; SARKAR, Sahotra. *Logical empiricism at its peak: Schlick, Carnap, and Neurath*. Série *Science and philosophy in the twentieth century*. v. 2. New York: Garland Publishing, Inc., 1996, pp. 81-95.

- CARNAP, Rudolf. Testabilidade e Significado. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Coletânea de textos “Os Pensadores”*. Seleção Pablo Rubén Mariconda. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 170-213.
- CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. A construção do saber científico: algumas posições. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (Org.). *Construindo o saber – Metodologia científica: fundamentos e técnicas*. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1989. pp. 63-86.
- CUNHA, Ivan Ferreira da. *Carnap e Neurath sobre enunciados protocolares*. 2008. 127 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/92157/254973.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 set. 2019.
- DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura. *Aplicação das classificações CID-10 e CIF nas definições de deficiência e incapacidade*. 2007. 181 p. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6132/tde-09042007-151313/publico/TESE-DoutHBVDN.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.
- DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Introdução à teoria da ciência*. 2. ed. Florianópolis, Editora da UFSC, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Editora WM F Martins Fontes, 2011.
- HAHN, Hans; CARNAP, Rudolf; NEURATH, Otto. A Concepção Científica do Mundo: O Círculo de Viena. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. *Cadernos de História e Filosofia da Ciência*. pp. 5-20. Unicamp. Campinas, n.º 10, 1986.
- IRWIN, William (org.). *X-men e a filosofia: visão espantosa e*

- argumento assombroso no X-verso mutante. Tradução de Marcos Malvezzi. São Paulo: Madras, 2009.
- MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social (BPC). In: SAVARIS, José Antonio (Org.). *Curso de perícia judicial previdenciária*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 415-452.
- NEURATH, Otto. *Physicalism*. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf; NEURATH, Otto; SARKAR, Sahotra. *Logical empiricism at its peak: Schlick, Carnap, and Neurath*. Série *Science and philosophy in the twentieth century*. v. 2. New York: Garland Publishing, Inc., 1996, pp. 74-79.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. *Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde – CIF*. Tradução e revisão: Amélia Leitão. Lisboa: Direcção-geral da saúde, 2004. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf. Acesso em: 12 jan. 2014.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 126-A, de 6 de outubro de 2017. Cria a prestação social para a inclusão, alarga o complemento solidário para idosos aos titulares da pensão de invalidez e promove os ajustamentos necessários noutras prestações sociais. In: *Diário da República n.º 193/2017*, Lisboa, 6 dez. 2017. Disponível em: <http://data.dre.pt/eli/dec-lei/126-a/2017/10/06/p/dre/pt/html>. Acesso em: 17 set. 2019.
- _____. Decreto-Lei n.º 341, de 30 de setembro de 1993. Aprova a nova Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais. In: *Diário da*

República n.º 230/1993, Lisboa, 30 set. 1993. Disponível em: <http://data.dre.pt/eli/dec-lei/341/1993/09/30/p/dre/pt/html>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Decreto-Lei n.º 352, de 23 de outubro de 2007. Aprova a nova Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, revogando o Decreto-Lei n.º 341/93, de 30 de Setembro, e aprova a Tabela Indicativa para a Avaliação da Incapacidade em Direito Civil. In: *Diário da República n.º 204/2007*, Lisboa, 23 out. 2007. Disponível em: <http://data.dre.pt/eli/dec-lei/352/2007/10/23/p/dre/pt/html>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Despacho n.º 26.432, de 4 de dezembro de 2009. Aprova o atestado médico de incapacidade multiuso (mod.DGS/ASN/01/2009). In: *Diário da República n.º 235/2009*, Lisboa, 4 dez. 2009. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/2980574>. Acesso em: 17 set. 2019.

_____. Instituto da Segurança Social. *Guia Prático — Prestação Social para a Inclusão — Componente Base*. Lisboa, 2019. Disponível em http://www.seg-social.pt/documents/10152/15394442/8003_Presta_Social_inclusao/99bd44c9-637e-4816-b19e-b914e6e70314. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Tribunal Central Administrativo Norte. Recurso Jurisdicional n.º 1264/09.0BEBRG. Acórdão que, ao examinar a fundamentação do atestado médico de incapacidade multiuso de DAM, concluiu pela inexistência de vícios e omissões. Recorrente DAM e Recorrido Ministério da Saúde. Relator Juiz Desembargador Joaquim Cruzeiro. Julgado em 3 jun. 2016. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/0991a86623528a5c80257ff1005623cb?Ope>

- nDocument. Acesso em: 17 set. 2019.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REBLIN, Iuri Andréas. *Para o alto e avante: uma análise do universo criativo dos super-heróis*. Porto Alegre: Asterisco, 2008.
- SCHLICK, Moritz. O Fundamento do Conhecimento. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Coletânea de textos "Os Pensadores"*. Seleção Pablo Rubén Mariconda. Traduções de Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda. pp. 65-81. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz; RENCK, Maria Helena Pinheiro. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiências: *the capability approach*. *Revista da AJURIS*. pp. 155-184. Porto Alegre, v. 41, n.º 133, 2014.