



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Eduardo Lasmar Prado Lopes

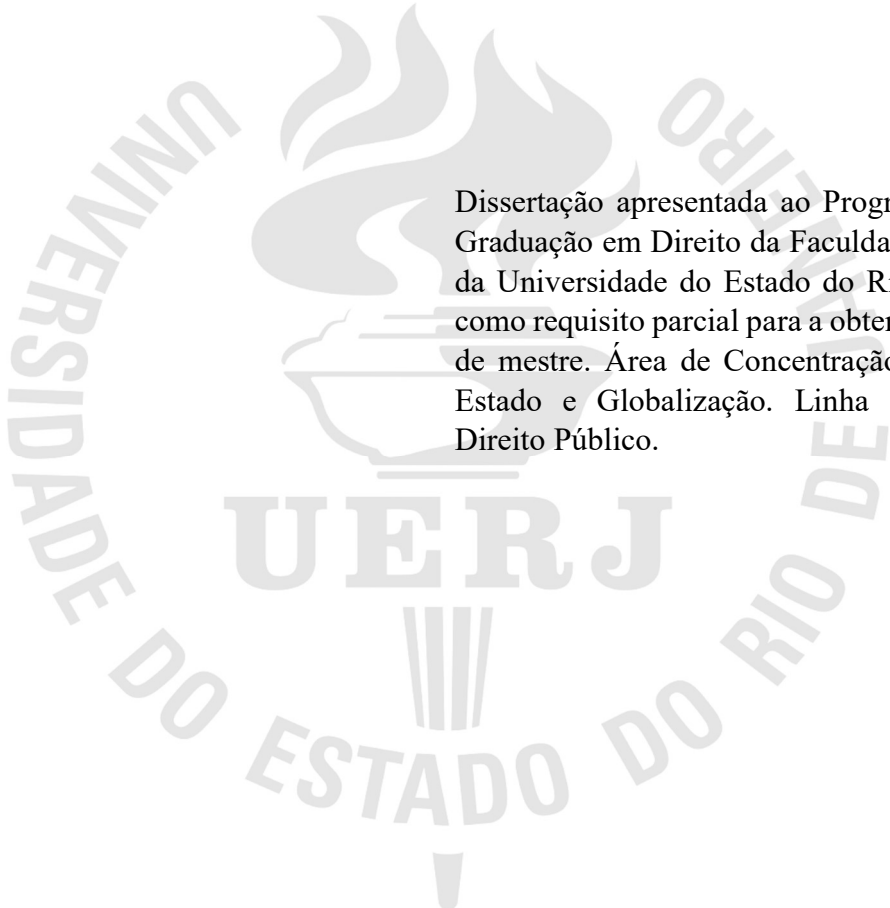
**Adaptação razoável: a correção dos efeitos da discriminação indireta no  
ponto médio entre igualdade e reconhecimento**

Rio de Janeiro

2018

Eduardo Lasmar Prado Lopes

**Adaptação razoável: a correção dos efeitos da discriminação indireta no ponto médio  
entre igualdade e reconhecimento**



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Professor Dr. Daniel Sarmiento

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

L864	<p>Lopes, Eduardo Lasmar Prado.</p> <p>Adaptação razoável: a correção dos efeitos da discriminação indireta no ponto médio entre igualdade e reconhecimento / Eduardo Lasmar Prado Lopes. - 2018. 257 f. Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.</p> <p>Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.</p> <p>1. Adaptação - Teses. 2. Igualdade –Teses. 3. Discriminação – Teses. I.Sarmiento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.</p> <p>CDU 340</p>
------	---

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

EDUARDO LASMAR PRADO LOPES

**Adaptação razoável: a correção dos efeitos da discriminação indireta no ponto médio  
entre igualdade e reconhecimento**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovado em 05 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Jane Reis Gonçalves Pereira  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Pós Doutoranda Leticia de Campos Velho Martel  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2018

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos, apesar de geograficamente ocuparem o início de um trabalho acadêmico, são, em geral, feitos por último. É, de certa forma, o balanço de dois anos de noites mal dormidas, pessoas que amamos e que deixamos com pouca ou nenhuma atenção, cansaço e muita leitura. O fim desta etapa vem acompanhado de uma grande angústia pelo futuro profissional daqui em diante. Paradoxalmente, vem acompanhado também das saudades das pessoas maravilhosas que encontramos ao longo desta caminhada – e com as quais a convivência será naturalmente mais difícil – e das diversas leituras, do conhecimento, dos professores e das aulas que possibilitam nos tornar cada dia mais.

Agradeço em primeiro lugar, aos familiares que dividem comigo o convívio diário. Peço desculpas pela minha ausência e pelo meu mau-humor: os estudos, a pressão e os prazos, num mundo em que o tempo passa cada vez mais rápido, fazem com que, em alguns períodos, nossa convivência se torne menor. Agradeço à minha mãe Denise por ter me dado tudo o que tenho hoje, pelo que sou e pelo que conquistei: você é parte do que sou hoje. Ao meu irmão Rafael pelo convívio diário, por me ter como amigo e referência e por estar seguindo o seu caminho no dia a dia com luz própria. Ao meu pai Edison que, apesar do pouco convívio hoje, foi essencial para que eu me tornasse o que sou e para que eu pudesse chegar até aqui.

Aos meus avós Ângela e Cláudio, sou grato pelo carinho, pelo amor de sempre e pela possibilidade de poder conviver com vocês. Aos meus avós Edison e Solange, agradeço pelo carinho e por terem acreditado em mim e no meu futuro sempre. Aos meus tios Ronald e Denise e aos meus primos Ricardo e Erick, agradeço por me tratarem como filho e irmão (respectivamente). Aos meus queridos Maria do Carmo e Rogério, por me receberem tão bem na vida de vocês.

Ao meu orientador, Daniel Sarmiento, agradeço por ter lido cada linha deste trabalho, pela atenção e pelas reflexões propostas. Muitas das ideias deste trabalho são consequências dos seus ensinamentos em sala de aula. Desde a escolha do tema ao seu recorte, Daniel foi essencial para que este trabalho se tornasse realidade. Sua vocação acadêmica foi e é um dos principais espelhos que sigo na minha vida acadêmica. Contudo, advirto, desde já, que qualquer imperfeição ou impropriedade é de culpa exclusivamente minha.

À Jane Reis, querida professora e amiga, agradeço por ter integrado a minha banca, pelo aprendizado, pelas reflexões brilhantes e desabafos diários e por ter acreditado em mim a todo

momento. Evoluir e estar ao seu lado, desde da monitoria até o término do presente trabalho, é um privilégio.

À Letícia Martel, agradeço pela atenção e por ter-me dado a honra de compor a minha banca e pelo exemplo de professora e de acadêmica brilhante que é. O tema aqui estudado reflete suas ideias ou, pelo menos, diversas reflexões são pensadas a partir delas.

Ao Nilo Batista, exemplo de professor e quem eu respeito e admiro desde dos tempos de graduação. Ter a oportunidade de conviver, de aprender e de ouvir seus pensamentos e, de modo geral, o que o senhor tem a falar é uma verdadeira honra e um aprendizado pessoal e profissional. Seu espírito de luta depois de tanto tempo é invejável.

Ao João Feres Júnior e à San Romanelli pelas maravilhosas e deliciosas tardes de aulas no IESP. Agradeço imensamente o aprendizado, a paciência e o exemplo de dedicação à academia, quase como coorientadores de diversas partes deste trabalho.

Aos queridos amigos da UERJ, Pedro (Jack), Vitor, Mateus, Tadeu, Ivan, Roberta, Helena, Huguinho (agregado uerjiano) e Caio, agradeço por terem feito parte de um momento tão importante da minha vida e por ter a sorte de ainda ter vocês para dividir as aflições diárias da vida pós-faculdade e por podemos nos reunir, oito anos depois de nos conhecermos, ainda que de vez em quando, para os nossos chopos e nossas sociais.

Aos queridos amigos do mestrado Rodrigo (Soneca), Júlio e Matheus, agradeço por terem tornado essa jornada mais leve e divertida e pela interlocução crítica e revolta diárias contra as injustiças do nosso Brasil. Ao Matheus, agradeço especialmente por ter dividido as angústias comigo quase integralmente no trabalho. Aos queridos amigos do meu ex-escritório, mas que permanecem para sempre, apesar do menor convívio diário, Maria, André, Daniel, Luiz, Patrícia e Camila.

Aos queridos amigos Liana e Mário da 3º (antes 4º) Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro. Liana é a melhor chefe que alguém poderia desejar na vida: inteligente, idealista, guerreira e amiga de todos nós. Um exemplo de pessoa e de profissional no Ministério Público que me inspira no dia a dia. Mário é dono do maior coração deste mundo: “segurou as pontas” na promotoria para eu assistir às aulas e para, após virar diversas noites, manter a produtividade no gabinete. Esse mestrado é uma empreitada de vocês também. Vocês me fazem continuar a acreditar no poder de transformação do Direito.

À Cláudia Turner, agradeço pelo carinho e pela amizade, pela interlocução diária no Ministério Público tanto profissional quanto acadêmica. Agradeço também a confiança e a

oportunidade de trabalhar no Ministério Público. Aproveito para agradecer também todos os meus colegas da Tutela Coletiva da Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro pelo convívio diário e pelo bom humor, que deixam o trabalho muito mais leve e fácil de ser levado.

Ao Renan Medeiros, agradeço muitíssimo a revisão, em tempo recorde, deste trabalho e as inúmeras formatações da ABNT. Você é um menino brilhante e é excelente ver o seu crescimento. Muito boa sorte no mestrado!

Aos meus queridos amigos da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, Juliana, Wallace, Diego, Carolina, Camila, Adami, Fred, Helena, João, Letícia, Marianna Soso, Marina, Raphaela, Luísa e, novamente, Renan, agradeço pela reflexão crítica do Direito que me proporcionam.

À UERJ, minha casa, lugar que amo e que me ensinou e ensina todos os dias a beleza da inclusão e a força que nasce da adversidade. Suas paredes cinzas me ensinam a viver e a lutar por um mundo melhor e mais justo e por um ensino público, gratuito e de qualidade. “Te seguirei até o final”. A UERJ resiste!

Por fim, mas não menos importante à Luísa, agradeço por, há quase cinco anos, ter escolhido dividir sua vida comigo; pela amizade, pelo carinho, por me escutar quando eu mais preciso e por estar do meu lado nos momentos bons e nos ruins; por ser luz na escuridão e calma na tempestade; por me ouvir e por me amar incondicionalmente. Como diria Chico Buarque, se o Rio fosse inundado amanhã, os escafandristas iriam encontrar o amor que eu um dia deixei para você. Te amo!

## EPÍGRAFE

### Igual-Desigual

Eu desconfiava:  
todas as histórias em quadrinho são iguais.  
Todos os filmes norte-americanos são iguais.  
Todos os filmes de todos os países são iguais.  
Todos os best-sellers são iguais  
Todos os campeonatos nacionais e internacionais de  
futebol são  
iguais.  
Todos os partidos políticos  
são iguais.  
Todas as mulheres que andam na moda  
são iguais.  
Todos os sonetos, gazéis, virelais, sextinas e rondós são  
iguais  
e todos, todos  
os poemas em verso livre são enfadonhamente iguais.

Todas as guerras do mundo são iguais.  
Todas as fomes são iguais.  
Todos os amores, iguais iguais iguais.  
Iguais todos os rompimentos.  
A morte é igualíssima.  
Todas as criações da natureza são iguais.  
Todas as acções, cruéis, piedosas ou indiferentes, são  
iguais.  
Contudo, o homem não é igual a nenhum outro homem,  
bicho ou coisa.

Ninguém é igual a ninguém.  
Todo o ser humano é um estranho  
ímpar.

Carlos Drummond de Andrade<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Disponível em <<http://noblato.globo.com/noticias/noticia/2009/01/igual-desigual-carlos-drummond-de-andrade-154993.html>>, acesso em 12/01/2018.



## RESUMO

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Adaptação Razoável**: a Correção dos Efeitos da Discriminação Indireta no Ponto Médio entre Igualdade e Reconhecimento. 2018. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente estudo busca delinear um conceito de adaptação razoável à luz do desenho constitucional. Além do enfrentamento da discriminação indireta, demonstrarei como as acomodações possuem o potencial de desenvolver relações de reconhecimento intersubjetivo e de incrementar o debate democrático. O trabalho se divide em quatro capítulos. No primeiro, analisarei a relação entre igualdade e adaptação razoável. A igualdade substantiva, tal como delineada neste trabalho, está amparada em dois pilares: a busca pela promoção de iguais direitos e liberdades fundamentais e o reconhecimento do valor intrínseco e pessoal das pessoas, que são, portanto, merecedoras de igual respeito e consideração. Essas são as premissas e os objetivos das adaptações. Ela é um direito que surge para enfrentar os efeitos adversos da discriminação indireta, atuando na eliminação de hierarquias e subordinações entre minorias vulneráveis e os grupos hegemônicos na sociedade. Por fim, demonstrarei o potencial da adaptação razoável no aperfeiçoamento do processo de deliberação democrático. No segundo capítulo, analisarei a relação entre a acomodação razoável e a realização do reconhecimento intersubjetivo. Após analisar as premissas filosóficas do reconhecimento e seu lugar na Constituição de 1988, demonstrarei como os ajustes e as medidas razoáveis podem atuar na promoção do autorrespeito, da autoestima e da estima social. No terceiro capítulo, investigarei os fundamentos e os pressupostos da adaptação razoável. Para isso, examinarei as normas antidiscriminatórias e que buscam promover a igualdade no texto constitucional. Analisarei, ainda, os conceitos e as novidades trazidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no enfrentamento da discriminação, especialmente sob a ótica da acomodação razoável. Em seguida, delinearei os contornos e os sentidos possíveis para o vocábulo “razoável”, examinando o tema tanto sob a ótica do Direito quanto da filosofia. Sendo um direito fundamental, buscarei traçar parâmetros para a ponderação de interesses envolvendo a adaptação razoável, a partir do princípio da proporcionalidade e sua relação com o ônus indevido. Mais adiante, abordarei quem são os devedores do direito à adaptação razoável. A análise buscará abarcar o dever do poder público de adaptar em sua relação com indivíduos merecedores de medidas, ajustes e isenções especiais e, ao mesmo tempo, o direito nas relações de sujeição especial. No tocante aos particulares, o exame da questão se baseará na vinculação à realização dos direitos fundamentais pelos particulares, com contornos direcionados para a acomodação razoável. Ao fim, buscarei atingir o principal objetivo desse capítulo: apresentar um conteúdo do direito à adaptação razoável compatível com as premissas e com os fundamentos deste trabalho. No quarto e último capítulo, realizarei um estudo de casos sobre as acomodações para o exercício da liberdade religiosa. Desmistificando a relação entre adaptação razoável, o princípio da laicidade e o laicismo, testarei os parâmetros do conceito amplo e geral de adaptação razoável formulado no terceiro capítulo, à luz de casos que discutem acomodações para a liberdade religiosa.

Palavras-chaves: Adaptação razoável. Acomodação. Igualdade substantiva. Discriminação indireta. Reconhecimento. Liberdade religiosa.

## ABSTRACT

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Reasonable Adaptation: the Correction of the Effects of Indirect Discrimination at the Average Point Between Equality and Recognition.** 2018. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This work is divided in four chapters. In the first, I will analyze the relation between equality and reasonable accommodation. The substantive equality is based on two pillars: the first is the exercise of equal liberties and rights; and the second is the recognition of people intrinsic value. In this way, they are subject to equal respect and consideration. These are the premises and the aims of accommodations. The reasonable accommodation is a right that arises to confront the adverse effects of indirect discrimination. It has the power to eliminate hierarchies and subordinations between vulnerable minorities groups and the rest of society. Finally, I will show the potential of reasonable accommodation to develop a better procedure to deliberation and democracy. In the second chapter, I aim to explore the connection between reasonable accommodation and relations of recognition. After analyzing the recognition philosophical premises and its place in Brazilian Constitution, I will demonstrate how reasonable adjustments and measures can act to promote self-respect, self-esteem and social esteem. In the third chapter, I will investigate the fundamentals and the assumptions of reasonable accommodation. So, I will examine the constitutional antidiscrimination norms and the innovations of United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Statute for the Person with Disability related to discrimination and reasonable accommodation. Next, I will investigate the concept of “reasonable”. This analysis will focus on Law and philosophy. The reasonable accommodation is a fundamental right. So, I will investigate its relationship with the proportionality principle and the undue hardship in the balancing with other rights and values. Thereafter, I will investigate who are the debtors of the duty to accommodate. This analysis will be made in the light of the relation between the State and its citizen. Besides, I will explore the situation of individuals that are subject to special subjection relationships. Related to the private relations, I aim to explore in which situations private people and legal entities have the duty to accommodate. In the end of the chapter, I search for a concept of reasonable accommodation that is compatible with the premises and fundamentals of this essay. In the fourth and last chapter, I will study some cases about accommodations to the exercise of freedom of religion. This part aims to relate reasonable accommodation, secularism and laicism by testing the concept of reasonable accommodation and its parameters.

Keywords: Reasonable accommodation. Accommodation. Substantive equality. Indirect discrimination. Recognition. Freedom of religion.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
1	<b>ADAPTAÇÃO E IGUALDADE SUBSTANTIVA: COMO LIDAR COM A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA?</b> .....	20
1.1	<b>Introdução</b> .....	20
1.2	<b>Qual igualdade? A fundamentação teórica da adaptação razoável</b> .....	21
1.2.1	<u>A tese das capacidades e das funcionalidades humanas</u> .....	21
1.2.2	<u>As iguais liberdades como medida de justiça</u> .....	27
1.2.3	<u>A igualdade como valor intrínseco</u> .....	29
1.3	<b>A igualdade e adaptação razoável</b> .....	34
1.3.1	<u>A adaptação como meio e fim da igualdade</u> .....	34
1.3.2	<u>A igualdade substantiva como fundamento teórico da adaptação razoável</u> .....	39
1.3.3	<u>Adaptação razoável e o combate à discriminação</u> .....	42
1.3.3.1	Discriminação direta e a denegação de adaptação razoável.....	42
1.3.3.2	Discriminação indireta, antidiscriminação e adaptação razoável.....	48
1.4	<b>Adaptação como pressuposto para a igualdade de condições no debate público</b> .....	63
1.4.1	<u>Qual é o papel da adaptação razoável na política?</u> .....	63
1.4.1.1	O procedimentalismo de Habermas.....	63
1.4.1.2	Amy Gutmann e o universalismo deliberativo.....	66
1.4.2	<u>Adaptação razoável, democracia e procedimento</u> .....	68
1.5	<b>Conclusões parciais</b> .....	70
2	<b>ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: UM COMBUSTÍVEL DO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO</b> .....	72
2.1	<b>Introdução</b> .....	72

2.2	<b>As teorias contemporâneas pós-Hegel</b> .....	75
2.2.1	<u>O reconhecimento comunitarista de Charles Taylor</u> .....	79
2.2.2	<u>A luta pelo reconhecimento de Axel Honneth</u> .....	81
2.2.3	<u>A teoria do reconhecimento (?) de Nancy Fraser</u> .....	84
2.2.4	<u>O direito ao reconhecimento na Constituição de 1988</u> .....	88
2.2.4.1	Diversidade e pluralismo na Constituição de 1988.....	88
2.2.4.2	Conteúdo do direito fundamental ao reconhecimento.....	93
2.3	<b>Como a adaptação razoável promove o reconhecimento intersubjetivo?</b> .....	100
2.3.1	<u>Importância na atuação conjunta entre os direitos fundamentais à adaptação razoável e ao reconhecimento</u> .....	100
2.3.2	<u>Alguns exemplos de aplicação de promoção de reconhecimento na adaptação razoável</u> .....	105
2.4	<b>Conclusões parciais</b> .....	121
3	<b>ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: FUNDAMENTOS, PRESSUPOSTO E UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO</b> .....	122
3.1	<b>Introdução</b> .....	122
3.2	<b>A acomodação razoável no bloco de constitucionalidade</b> .....	124
3.2.1	<u>A acomodação na Constituição de 1988</u> .....	124
3.2.2	<u>A acomodação na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica brasileira</u> .....	135
3.3	<b>Limites e restrições da adaptação: o que é “razoável”?</b> .....	147
3.3.1	<u>O conceito jurídico de razoabilidade</u> .....	147
3.3.2	<u>A razoabilidade e a convivência de doutrinas abrangentes na sociedade</u> .....	156
3.4	<b>Parâmetros para a ponderação do direito à adaptação razoável: entre o ônus indevido e a proporcionalidade</b> .....	165
3.5	<b>Quem tem o ônus de adaptar?</b> .....	174
3.5.1	<u>Adaptação como um dever do poder público?</u> .....	174

3.5.2	<u>Os limites e as possibilidades da adaptação nas relações privadas</u> .....	186
3.6	<b>Conclusões parciais e o conceito provisório</b> .....	195
4	<b>ESTUDO DE CASOS: A APLICAÇÃO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL À LIBERDADE RELIGIOSA</b> .....	197
4.1	<b>Introdução</b> .....	197
4.2	<b>Breves notas sobre a tensão entre laicidade, laicismo e adaptação razoável</b> .....	199
4.3	<b>O papel da adaptação razoável na promoção da igualdade substantiva e a busca pela eliminação da discriminação indireta</b> .....	203
4.4	<b>A adaptação razoável e a promoção do reconhecimento</b> .....	210
4.5	<b>A adaptação, o razoável, os ônus e a ponderação</b> .....	214
4.6	<b>Os sujeitos passivos da adaptação razoável</b> .....	220
4.7	<b>Conclusões parciais</b> .....	227
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	229
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	244

## INTRODUÇÃO

Charlyane de Souza é estudante de Direito e muçulmana e deseja prestar o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) utilizando o véu, denominado *hijab*, que marca as suas práticas religiosas<sup>2</sup>. Após começar a realizar sua prova, a estudante foi interrompida, por diversas vezes, pelos fiscais da prova, que alegavam que sua vestimenta seria proibida pelo edital, por se tratar de item de chapelaria. Durante a prova, Charlyane chorou, se desestabilizou emocionalmente, foi constrangida na frente dos outros candidatos e agora terá de prestar novamente o exame, após ter sido reprovada.

O indígena da tribo *páez* Francico Gembuel Pechene, na Colômbia, assassinou o Sr. Marden Arnulfo Betancur, que desempenhava o cargo de Prefeito Municipal de Jambaló. O indígena foi julgado segundo o procedimento jurídico interno da tribo, tendo sido condenado às seguintes penas: expulsão da tribo, perda do direito de eleger e ser eleito para cargos públicos e comunitários, além de duas chicotadas (*fuetazos*) com um chicote, conhecido como *fuate*, que teria como finalidade purificar a alma daquele que cometeu o crime, sem qualquer intenção de humilhar ou provocar sofrimento ao índio com uma pena degradante. A questão chegou à Corte Constitucional da Colômbia<sup>3</sup>, que teve que responder às seguintes perguntas: o procedimento previsto internamente pela tribo indígena para reconstituição dos fatos e julgamento viola o devido processo legal, direito fundamental previsto na Constituição da Colômbia de 1991? Sendo negativa a resposta, as penas aplicadas violam os direitos fundamentais do índio Francisco? O *fuetazo* configuraria tortura, justificando que, em vez do castigo físico, Francisco fosse condenado à pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional comum?

Igor, de 21 anos, cadeirante, morador de Vila Americana, em Queimados, bairro localizado na Baixada Fluminense do Rio de Janeiro, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), uma das melhores do país<sup>4</sup>. Até aqui parece uma história de sucesso. Contudo, para Igor, o mais difícil não foi passar em um dos vestibulares mais concorridos do país, mas chegar todos os dias ao Maracanã, que fica na Zona

---

<sup>2</sup> Cf. AFFONSO, Julia. Véu de estudante muçulmana vira discórdia em Exame da OAB. **Estadão**, 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veu-de-estudante-muculmana-vira-discordia-em-exame-da-oab/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

<sup>3</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-523/97. Relator Carlos Gaviria Diaz. Julg. 15 out. 1997.

<sup>4</sup> A história que será contada a seguir é real e foi publicada no jornal “O Globo”. Cf. CANDIDA, Simone. Escadaria de estação de trem levou futuro advogado à Justiça. **O Globo**, 1 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/escadaria-de-estacao-de-trem-levou-futuro-advogado-justica-20212028>>. Acesso em: 04 out. 2016.

Norte do Município do Rio de Janeiro - cerca de 45km de distância -, para assistir às aulas, que começam às 7 (sete) horas da manhã. É que, para chegar à Universidade, o estudante dispõe de três opções de transporte: trem, ônibus ou metrô. No caso do trem, a Estação de Queimados não possui rampas ou elevadores para deficientes. Se optar pelo segundo, precisará pegar “três ônibus diferentes e dar a sorte de os três terem elevadores para deficientes funcionando”, que, além de não estarem, na maioria das vezes, em bom estado, contam com o fato de que “os motoristas não sabem operar e, muitas vezes, não param no ponto para não atrasar a viagem”<sup>5</sup>. Optar pelo metrô também não seria uma opção, visto que a estação mais perto da casa de Igor fica a uma hora e meia de distância.

Alfred Smith e Galen Black tiveram negado seu benefício trabalhista, porque o Estado considerou que a utilização, em uma cerimônia religiosa, do peiote, um cacto com uma substância psicotrópica em sua composição química, configuraria justa causa para a demissão dos empregados<sup>6</sup>.

Jonas Yoder professava a religião *Amish* e pensava que deveria viver de forma simples, sem as paixões e os bens da vida mundana. Por entender que os ensinamentos da escola refletem esses (des)valores, Jonas retirou seu filho da escola após o término da oitava série, seguindo os ensinamentos de sua religião<sup>7</sup>.

Brás Cubas não se conformava em gostar de Eugênia, já que uma mulher coxa não poderia ser bonita, mas tão somente digna de pena, em decorrência das dificuldades que passava durante a vida<sup>8</sup>.

Os casos acima lidam com diversas questões: deficiência, religião e diversidade cultural. Mas eles possuem um fio condutor. Em todas as situações narradas acima, há uma discussão envolvendo uma característica física ou uma escolha moral, que produz diferentes impactos na sociedade e é por ela vista de diversas maneiras. São questões que tocam os valores mais importantes de uma comunidade política. Em alguns casos, as pessoas são discriminadas, nas

<sup>5</sup> Ibidem. Segundo a reportagem, das 102 estações de trem do Rio de Janeiro, apenas 22 contam acessibilidade para deficientes.

<sup>6</sup> Cf. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>7</sup> Cf. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

<sup>8</sup> ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Globo, 1997, p. 64-66: “O pior é que era coxa. Uns olhos tão lúcidos, uma boca tão fresca, uma compostura tão senhoril; e coxa! Esse contraste faria suspeitar que a natureza é às vezes um imenso escárnio. Por que bonita, se coxa? por que coxa, se bonita? [...] ‘Levanta-te, e entra na cidade’. Essa voz saía de mim mesmo, e tinha duas origens: a piedade, que me desarmava ante a candura da pequena, e o terror de vir a amar deveras, e desposá-la. Uma mulher coxa! Quanto a este motivo da minha descida, não há duvidar que ela o achou e mo disse. Foi na varanda, na tarde de uma segunda feira, ao anunciar-lhe que na seguinte manhã viria para baixo. -- Adeus, suspirou ela estendendo-me a mão com simplicidade; faz bem. -- E como eu nada dissesse, continuou: -- Faz bem em fugir ao ridículo de casar comigo. Ia dizer-lhe que não; ela retirou-se lentamente, engolindo as lágrimas”.

histórias narradas, por uma característica física - como a deficiência de Eugênia e de Igor -, ou sofrem discriminação pelo simples fato de terem realizado uma escolha de vida, que não corresponde aos padrões hegemônicos na sociedade - como é o caso de Alfred Smith e Galen Black e de Charlyane, que optaram por professar religião minoritária.

Em certas situações, essa discriminação ocorre de forma intencional. Em outras, não há, necessariamente, o desejo de fazê-lo. Nesses casos, a discriminação decorrerá do efeito adverso gerado pela aplicação de uma norma ou de uma conduta geral e abstrata com inobservância de um conceito de igualdade mais rigoroso e atento à diversidade, às diferentes relações de poder e à ontologia do mundo, que impõe um peso desproporcional sobre alguns indivíduos que possuem características ou que exercem escolhas diferentes do restante da sociedade.

Nesse contexto de pluralismo e de diferentes exigências e necessidades para a realização da igualdade e para o combate à discriminação, as demandas dos grupos minoritários vão ganhando corpo e atingindo as instituições. Como consequência dessa permeabilidade, o Direito tenta lidar com essas situações, criando e delineando novas categorias jurídicas. Daí que, ao perceber que uma determinada situação pode ser discriminatória, ainda que se trate de um comando geral e abstrato e sem que haja a intenção do agente de discriminar, a dogmática jurídica desenvolveu a ideia de discriminação indireta.

A análise da discriminação indireta pressupõe uma nova visão sobre a igualdade. Para corrigir os efeitos adversos desse tipo de discriminação, não basta apenas aplicar a lei de forma igual para todos. Algumas pessoas já se encontram, na realidade, em posições inferiores em relação a alguns privilegiados, havendo hierarquização e subordinação social entre os favorecidos e os excluídos. Assim, a igualdade (substantiva) exigirá uma nova perspectiva para combater as discriminações: é preciso diminuir as distâncias entre os (super)incluídos e os excluídos. Para que isso ocorra, não bastará a aplicação da lei de forma igual. Algumas pessoas demandarão medidas redistributivas e rearranjos sociais para que possam estar no mesmo degrau das demais.

Uma dessas medidas é a *adaptação razoável*. Ela atua sobre a discriminação indireta, corrigindo os seus efeitos adversos sobre determinados indivíduos e grupos minoritários, buscando promover igualdade substantiva e dignidade. Esse, portanto, será o meu conceito provisório de adaptação, acomodação, ajuste ou ajustamento razoável. O objetivo deste trabalho é desenvolver um *conceito definitivo e robusto* de adaptação razoável que possa suficientemente (i) corrigir ou, pelo menos, atenuar, na maior medida possível, os efeitos adversos e desproporcionais da discriminação indireta; (ii) possibilitar a igualdade substantiva, colocando



as minorias no mesmo patamar social dos privilegiados ao atuar sobre relações de subordinação e hierarquização; (iii) promover a dignidade humana daqueles que sofrem os efeitos da discriminação indireta; e (iv) identificar a dinâmica da acomodação, analisando os deveres e os direitos que dela decorrem e a interação entre os agentes envolvidos na concretização das obrigações prestacionais.

O problema que ela busca enfrentar são os efeitos adversos e desproporcionais decorrentes da discriminação indireta, que ensejam hierarquizações e subordinações de indivíduos e de grupos não hegemônicos da sociedade. É preciso desenhar um instrumento jurídico que seja capaz de enfrentar esses efeitos indesejados, corrigindo-os ou, na maior medida possível, mitigando-os, de modo que as pessoas possam ser reconhecidas como livres e intrinsecamente iguais e capazes de se inter-relacionar socialmente.

Para alcançar esses objetivos, o presente trabalho está dividido da seguinte forma. No Capítulo I, buscarei delimitar o conteúdo da igualdade substantiva que fundamenta e que, ao mesmo tempo, se almeja alcançar com a adaptação razoável. Para isso, em primeiro lugar, demonstrarei a relação de complementaridade entre igualdade e liberdade. Meu objetivo será comprovar que uma igualdade substantiva exige que os membros de uma comunidade política gozem de iguais liberdades fundamentais. Para isso, recorrerei a algumas teorias da filosofia política, a fim de demonstrar e embasar essa confluência entre a igualdade e liberdade, para que sejam vistas não como opostas, mas em uma relação sinérgica, que possibilita a independência moral e ética do sujeito.

Em segundo lugar, relacionarei o valor intrínseco kantiano, que estabelece que as pessoas são fins em si mesmas, com a igualdade. Minha intenção será certificar que os seres humanos merecem igual respeito e consideração pelo fato de que toda vida humana é importante e merece ser objeto da dignidade. Dessa forma, farei uma abordagem do valor pessoal moral e intrínseco, mais comumente relacionado à dignidade, aproximando-o da igualdade. Além do imperativo prático kantiano, analisarei o tratamento dispensado ao valor humano articulado por Ronald Dworkin para pensar essa questão.

Estabelecidos os marcos teóricos, buscarei, de forma instrumental, analisar a doutrina e a jurisprudência, no Brasil e em outros países, da discriminação indireta. Meu propósito será, a partir do direito da antidiscriminação, demonstrar como essa forma de discriminar gera hierarquizações e subordinações que não podem ser vencidas com a igualdade formal. Associando os marcos teóricos com uma breve, mas útil formulação da discriminação indireta à luz do Direito brasileiro, demonstrarei como a adaptação razoável contribui para a eliminação,

ou, pelo menos, para atenuar tanto quanto possível, os efeitos adversos de normas aparentemente neutras e que geram discriminação para minorias políticas, como índios, adventistas de sétimo dia, muçulmanos, quilombolas, pessoas com deficiência, entre outras.

Ao final, farei uma breve análise sobre os reflexos da promoção da igualdade substantiva, por meio da adaptação razoável, na participação democrática. O objetivo será demonstrar a contribuição que a eliminação das hierarquias e das subordinações sociais pode oferecer para um processo deliberativo-democrático mais justo e mais representativo, ao permitir que a sociedade veja os “pontos-cegos”.

No Capítulo II, desejo demonstrar a relação entre a acomodação razoável e as teorias do reconhecimento, verificando como as adaptações promovem o reconhecimento intersubjetivo. Perpassarei as clássicas teorias dos neo-hegelianos Charles Taylor e Axel Honneth e, mais adiante, analisarei a proposição bivalente entre reconhecimento e redistribuição de Fraser.

Em seguida, estabelecidos os marcos filosóficos do reconhecimento, passarei a investigar o seu espaço na teoria jurídica. Buscarei relacionar o reconhecimento com a dignidade humana, verificando como o sistema jurídico pode contribuir para a realização da necessidade humana de se inter-relacionar, traço tão marcante da personalidade. Assim, tentarei identificar a existência de um direito ao reconhecimento e qual seria o seu conteúdo, à luz da Constituição de 1988, bem como os seus limites e as suas possibilidades. Essa tradução para o Direito da teoria do reconhecimento – ou, pelo menos, a tentativa de traduzi-la – será bastante importante para lidar com os objetivos da adaptação razoável sob a ótica das relações intersubjetivas.

É certo que o Direito não pode conformar olhares, como fazer com que um pai goste do filho, promover a autoestima das pessoas, ou impor relações amorosas. Mas ele pode, respectivamente, obrigar que o pai forneça meios materiais para o filho viver com dignidade, possibilitar que as pessoas sejam livres e iguais para eleger planos de vida e exercer, na prática, suas escolhas existenciais e pode conferir proteção e *status* jurídicos aos relacionamentos amorosos, como o casamento, a adoção, as relações poliafetivas, entre outras medidas.

Ele pode também, em algumas circunstâncias, ser o catalisador de relações de reconhecimento intersubjetivo. Nesse cenário, a adaptação razoável, tal como busco concebê-la, tem o potencial de eliminar ou reduzir as hierarquizações e subordinações existentes na sociedade. Daí que é possível haver um “empurrão” para o fomento de relações de reconhecimento pela acomodação razoável. Esse é o ponto que pretendo provar, portanto, no

Capítulo II: se e, em caso positivo, como a adaptação razoável possibilita e promove o (direito ao?) reconhecimento intersubjetivo.

No Capítulo III, firmadas as premissas e os objetivos que se almeja ao acomodar, minha preocupação será com os fundamentos, com os pressupostos e, enfim, com a formulação de um conceito de adaptação razoável. De início, pretendo identificar os diversos direitos e liberdades que podem exigir uma acomodação. Em seguida, buscarei reconhecê-los, não só no texto da Constituição de 1988, mas em todo o bloco de constitucionalidade.

Após descrever brevemente a relação Constituição-bloco de constitucionalidade, de mostrar a influência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) na definição de adaptação razoável e de localizar os fundamentos constitucionais da acomodação, analisarei as possíveis definições que o vocábulo “razoável” pode assumir tanto em termos jurídicos, quanto filosóficos. No primeiro caso, utilizarei como fonte doutrinas e decisões, nacionais e internacionais, que tentam conferir um conteúdo mínimo ao significado de “razoável”, tornando-o menos fluido e indeterminado. No segundo, trabalharei os conceitos do liberalismo político de Rawls sobre como, em uma comunidade política, os cidadãos podem acordar termos equitativos de cooperação, a fim de conviverem com diferentes doutrinas abrangentes razoáveis, como aquelas filosóficas, religiosas, políticas etc. A ideia não é, propriamente, transplantar a teoria do liberalismo político rawlsiano, mas, de forma instrumental, utilizar os conceitos teóricos para formular a ideia de razoabilidade. Nem toda demanda deverá ser acomodada, seja por implicar ônus indevido, seja por ser desproporcional, seja por impor sofrimento incompatível com a dignidade humana.

Por isso, na sequência, buscarei demonstrar se a adaptação razoável é um direito fundamental. Em seguida, tentarei definir o que é ônus indevido ou desproporcional e como ele se relaciona com a adaptação razoável, limitando-a ou servindo de parâmetro para a ponderação de interesses. Além disso, traçarei alguns parâmetros para a aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação da acomodação com outros direitos, metas e valores constitucionais, na medida em que a adaptação está ligada a diversos princípios e valores basilares da Constituição vigente, como dignidade, igualdade e liberdade.

Na última parte do Capítulo III, analisarei o dever de acomodar do poder público e dos particulares. No primeiro caso, demonstrarei as diversas interações que podem ocorrer entre os entes públicos e os demandantes da adaptação razoável, ensejando o dever de acomodar. Analisarei as relações diretas do poder público com os cidadãos e também a necessidade de ajustes razoáveis nas relações especiais de sujeição. No segundo caso, tratarei da aplicação e da

vinculação, em geral, dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em ambos, buscarei diversos exemplos na jurisprudência que ajudem na visualização dos *standards* apontados. A partir desses parâmetros, demonstrarei em quais situações o ente privado será devedor do direito de acomodação. Ao final, firmadas as premissas teóricas e a base normativa da acomodação, delimitarei um conceito abrangente de adaptação razoável, que seja capaz, ao mesmo tempo, de lidar com os efeitos da discriminação indireta, de promover os valores e as liberdades que constituem as premissas teóricas e constitucionais deste trabalho e que possa, também, abarcar situações não previstas anteriormente pela legislação, pela administração ou pelo Judiciário, mas que seja um importante instrumento na luta e no enfrentamento de práticas e de condutas discriminatórias, ainda que não intencionais.

No Capítulo IV, realizarei um estudo de casos para testar os parâmetros do conceito que delinearei no Capítulo III. A minha intenção será conferir concretude à abstração inerente a um desenho conceitual. Ou seja, didaticamente, a aplicação prática de um conceito favorece que o leitor entenda sobre o que ele trata. O estudo de casos surge, portanto, com esse objetivo: testar as proposições firmadas anteriormente para demonstrar se consegui atingir o fim da proposta deste trabalho, dando concretude a uma conceituação abstrata. Para o meu estudo, tratarei da aplicação do conceito de adaptação razoável aos casos de liberdade religiosa. Desejo destrinchar a minha definição final de adaptação razoável, testando cada parte do conceito com casos sobre liberdade de religião. Nessa parte, buscarei retratar não somente casos judiciais, mas também notícias jornalísticas, normas da Administração Pública, pareceres e leis que possam ser utilizados para testar os parâmetros esboçados ao longo do trabalho.

Antes de começar, porém, vale a ressalva. As sociedades plurais são extremamente complexas: elas são compostas de indivíduos muito diferentes entre si, cada um com seu projeto de vida e com sua visão de mundo, tornando, muitas vezes, a convivência difícil, bem como sendo inevitável que ocorram perdas para a tutela de determinado bem ou interesse. Nem todas as demandas deverão ser acomodadas. Não pretendo, com este trabalho, esgotar todas as diferenças e peculiaridades existentes na sociedade e que podem vir a ser objeto de adaptação. O objetivo é mais modesto e instrumental: a ideia é densificar um conceito de adaptação razoável que sirva de meio para a concretização dos valores constitucionais mais caros da comunidade política brasileira, constituindo uma ferramenta apta a lidar com a discriminação indireta. Assim, o conceito permanece aberto para novas formas de concretização e permeável para a realização de outros direitos fundamentais não pensados anteriormente à luz da

acomodação, mas que possam ser por ela promovidos, quando da verificação de uma situação discriminatória.

# 1 ADAPTAÇÃO E IGUALDADE SUBSTANTIVA: COMO LIDAR COM A DISCRIMINAÇÃO INDIRETA?

A Diferença

O que eles chamam de nossos defeitos é o que nós temos de diferente deles. Cultivemo-los pois, com o maior carinho – esses nossos benditos defeitos.

*QUINTANA, Mário. Caderno H. 2. ed. São Paulo: Globo, 2006, p. 93.*

## 1.1 Introdução

Um estudo sobre o conceito de adaptação razoável passa, necessariamente, pela ideia de igualdade, que é, afinal, consequência e fundamento da acomodação. Quando se realiza uma medida para acomodar, busca-se abrir um espaço, anteriormente inexistente, no seio de uma sociedade plural. Significa que, para utilizar uma expressão de Rawls, existem diferentes doutrinas abrangentes razoáveis<sup>9</sup> na sociedade, que não só merecem conviver lado a lado, como devem ser garantidas e, algumas vezes, até mesmo promovidas pelo Estado e pelos particulares.

A acomodação razoável está diretamente ligada a medidas de correção de discriminações, especialmente a discriminação indireta, promovendo-se, dessa forma, a igualdade. Para os propósitos deste trabalho – e, principalmente, desta parte – é importante estabelecer qual a concepção de igualdade rege a adaptação razoável. Afinal, ambas são interdependentes e possuem uma imbricação lógica: a igualdade exige adaptação e, para que uma adaptação seja justa, ela precisa promover a igualdade.

Portanto, a primeira parte deste capítulo se debruçará sobre algumas teorias da igualdade na filosofia política, a fim de eleger aquela que dará fundamento teórico e filosófico para a adaptação. Dessa forma, buscarei delinear uma teoria política sobre igualdade que guiará o conceito e a aplicação da adaptação. Para isso, apresentarei a teoria da justiça de Rawls e analisarei também as teorias das capacidades de Amartya Sen e Martha Nussbaum. Assim, delinearei a teoria da igualdade que entendo ser a ideal para nortear o conceito da adaptação razoável e que seja suficientemente abrangente para englobar não só as pessoas com deficiência, tal como previsto no artigo 2º da CDPD, mas outros grupos minoritários e vulneráveis que devem ter seus direitos respeitados e promovidos, como a liberdade religiosa (minorias

---

<sup>9</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 70-78.

religiosas) e os direitos culturais (indígenas, populações ribeirinhas, entre outras comunidades tradicionais).

Na segunda parte, definida a teoria da igualdade que funcionará como marco teórico da adaptação, analisarei a relação entre a acomodação razoável e o princípio da igualdade, bem como as discriminações que ela busca enfrentar. Após traçar uma breve definição sobre os diversos tipos de discriminações – de fato, direta e indireta –, demonstrarei como a adaptação razoável, à luz da teoria delineada, promove a igualdade, atuando especialmente na correção do impacto desproporcional.

Na terceira parte, demonstrarei como a aplicação desse conceito de adaptação razoável, à luz da teoria da igualdade delineada, promove o acesso das pessoas excluídas ao debate público, tornando o processo de elaboração normativa mais plural, com a possibilidade de correção, *a priori*, de falhas e de “pontos cegos” na legislação geral e abstrata.

## 1.2 Qual igualdade? A fundamentação teórica da adaptação razoável

### 1.2.1 A tese das capacidades e das funcionalidades humanas

Os principais trabalhos na teoria política contemporânea que reconhecem o valor da liberdade sem abrir mão da igualdade são os de Amartya Sen e Martha Nussbaum. Embora tenham algumas distinções relevantes em cada uma das teorias – que serão expostas a seguir –, de modo geral, ambos apresentam uma preocupação com o desenvolvimento das funções humanas, com a capacitação e habilitação para viver os vários sentidos da vida e, particularmente, sua humanização.

Sen questiona qual seria o conteúdo substantivo da igualdade postulada por determinada concepção igualitária. Ele insiste que a principal questão a ser colocada e respondida é “igualdade de quê?”<sup>10</sup> e não “por que igualdade?”. O ponto de partida de Sen é o fato da diversidade humana. Segundo ele, as pessoas são diferentes em função do ambiente natural e social que as cercam, o que resulta também em uma constante diversidade de suas características externas e pessoais. Esse pressuposto faz com que o ponto de partida da teoria do autor seja a desigualdade entendida como uma desigualdade natural ou naturalizada. Assim, a diversidade humana levaria à constatação de que a igualdade em um espaço (“espaço de

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, veja-se o título “Equality of What?” do primeiro capítulo do livro “Inequality Reexamined”. Cf. SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 12-30.

avaliação”) corresponderá à desigualdade em outro. Essa aplicação da igualdade é denominada por Sen de igualdade basal. A resposta sobre a “igualdade de quê?” deverá ser não apenas referida à igualdade no espaço escolhido para análise, mas também deverá possuir reflexos extensos e relevantes em outros espaços não priorizados em tal análise. A ideia de Sen é que a diversidade dos seres humanos requer a pluralidade das variáveis focais (renda, riqueza, felicidade, bem-estar etc.). Sen sabe que igualdade e liberdade não são opostas, o que, portanto, descarta a ideia dos economistas liberais clássicos de que uma excluiria a outra. A liberdade estaria sempre entre os possíveis campos de aplicação da igualdade que, por sua vez, também estaria entre os padrões possíveis de distribuição da liberdade.

Outro argumento do autor parte da crítica à predominância da renda como variável da análise das desigualdades. Para ele, a extensão da desigualdade real de oportunidades não pode ser medida somente da desigualdade de rendas, porque “o que podemos ou não fazer, podemos ou não realizar, não depende somente das nossas rendas, mas também da variedade de características físicas e sociais que afetam nossas vidas e fazem de nós o que somos”<sup>11</sup>. O problema, segundo Sen, está relacionado ao fato de que uma pessoa pode estar em desvantagem para converter a renda em realizações que ela valoriza. A título exemplificativo, uma pessoa com deficiência não terá a mesma facilidade que uma pessoa não deficiente para converter uma renda que recebe mediante algum tipo de política redistributiva. Por isso, Sen defende que é preciso levar em consideração as dificuldades que algumas pessoas possuem para converter a renda em bem-estar.

Para dar conta desse problema e da análise das desigualdades, o autor desenvolveu o conceito de capacidade (*capability*). As capacidades são poderes para fazer ou deixar de fazer, sem os quais não há escolhas genuínas<sup>12</sup>. Escolhas genuínas (que ocorrem quando ninguém é forçado a viver de uma forma específica) são o que Sen denomina de uma vida boa, ou seja, a realização do bem-estar. Para ele, todas as variáveis tradicionais – bens primários, no caso de Rawls, recursos para Dworkin e renda real no caso da grande maioria das análises econômicas – consistiriam apenas em instrumentos para a realização do bem-estar e meios para liberdade<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 40: “Capacidade é, portanto, um conjunto de vetores de funcionalidades, que refletem a liberdade da pessoa de escolher conduzir sua vida de um jeito ou de outro”. Nussbaum diz que capacidades são “não só as habilidades que residem dentro de uma pessoa, mas também as liberdades e oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e o ambiente político, social e econômico”. Cf. NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 20.

<sup>13</sup> SEN, Amartya. Op. cit., p. 39-42.



É que a relação entre bens primários e bem-estar pode variar em virtude das diversidades pessoais na possibilidade de converter bens primários em realizações de bem-estar<sup>14</sup>. O mesmo ocorreria na relação entre bens primários e liberdade, em que pode haver variações interpessoais e intergrupais. A capacidade teria a vantagem de implicar na liberdade para buscar funcionamentos (parte dos elementos constitutivos do bem-estar, do estado e das ações de uma pessoa), além de desempenhar um papel direto no próprio bem-estar, já que decidir e escolher seriam partes do viver<sup>15</sup>. A capacidade possibilita um reconhecimento mais completo da variedade de maneiras sob as quais a vida pode ser enriquecida e empobrecida. Ela concentra-se também diretamente sobre a liberdade, e não sobre meios para realizá-la: a capacidade de determinada pessoa representa a sua liberdade para exercer funcionamentos que a valoriza, realizando, dessa forma, seu bem-estar. Capacidade é, portanto, a liberdade substantiva que as pessoas têm de escolher uma concepção de vida boa que valorizem.

Um conceito importante na obra de Sen e correlato à ideia de capacidade é o conceito de funcionamento (*functioning*). Eles são estados ou ações que uma pessoa realiza ao viver<sup>16</sup>. São exemplos de funcionamentos estar bem nutrido, estar livre de doenças, ter respeito próprio, ser feliz, participar da vida em comunidade etc.<sup>17</sup>. As capacidades são definidas nos termos das mesmas variáveis que os funcionamentos, não havendo diferença, no contexto de análise específica, entre focar em um ou em outro. Daí porque uma combinação de funcionamentos seria um ponto no espaço de avaliação, enquanto a capacidade seria um conjunto de tais pontos.

Como a capacidade é um reflexo da liberdade substantiva, Amartya Sen distingue a liberdade de outros recursos e meios para a sua realização. Outro ponto relevante em relação à liberdade substantiva de Sen é que a liberdade de bem-estar refletiria o conjunto capacitário da pessoa, ou seja, refletiria a capacidade da pessoa para escolher entre formas de vida possíveis.

A teoria das capacidades de Nussbaum é bastante parecida com a de Sen. De modo geral, Nussbaum também acredita na insuficiência da igualdade das teorias da justiça liberais igualitárias para corrigir desigualdades. Ela também defende uma aproximação entre liberdade e igualdade, de modo que as pessoas possam ter poderes para fazer ou deixar de fazer, realizando, assim, escolhas genuínas. Além disso, para ela, as capacidades também seriam justificadas, porque seria mais difícil para algumas pessoas converter a renda em bem-estar. Uma das primeiras diferenças das capacidades de Nussbaum é que as capacidades dos animais

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>17</sup> Ibidem.

não humanos seriam uma preocupação de sua teoria, não apenas o desenvolvimento humano<sup>18</sup>. Assim como na obra de Sen, a abordagem das capacidades trata cada pessoa como um fim em si, focando nas oportunidades disponíveis para cada pessoa. Portanto, Nussbaum também se volta para as possibilidades reais de escolha, a partir da ideia de liberdade substantiva. O comprometimento de sua teoria é com o respeito aos poderes das pessoas de autodeterminação. Outro ponto de contato entre as proposições é que as capacidades estão engajadas na eliminação de injustiças sociais e desigualdades, especialmente aqueles decorrentes de discriminação ou marginalização<sup>19</sup>. A implementação das capacidades é uma tarefa urgente a ser realizada pelo governo e por meio de políticas públicas.

Além da questão dos animais não humanos, uma outra diferença da abordagem de Nussbaum é que a autora trabalha na construção de uma teoria de justiça social básica que adiciona outras questões no processo, como a dignidade humana, limite (*threshold*) e o liberalismo político<sup>20</sup>. Sen, como a própria autora corretamente aponta, não tem a intenção de propor uma teoria da justiça. Ele também dispensa em sua proposição a utilização da dignidade humana como conceito central, apesar de reconhecer sua importância<sup>21</sup>. Além disso, Nussbaum também possui uma lista específica de capacidades centrais (*Central Capabilities*)<sup>22</sup>:

1. *Vida*. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vive-la.
2. *Saúde física*. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver;
3. *Integridade física*. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
4. *Sentidos, imaginação e pensamento*. Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e

<sup>18</sup> NUSSBAUM, Martha C. Op. cit., p. 18. Ela reconhece que Sen também partilha da preocupação de traçar as bases de uma teoria da justiça tanto para animais não humanos, quanto humanos, mas que esse não é o principal foco da teoria do economista.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>20</sup> Ibidem. A autora diz que o liberalismo político faz com que sua teoria prescindia do oferecimento de qualquer narrativa compreensiva de valores. Assim, sua teoria da justiça não necessita de uma avaliação compreensiva da qualidade de vida em uma sociedade, para propósitos comparativos.

<sup>21</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha C. Op. cit., p. 20.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 19.

liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. *Emoções*. Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento.)

6. *Razão prática*. Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa.)

7. *Afiliação*.

A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política.)

B. Ter bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. *Outras espécies*. Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. *Lazer*. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. *Controle sobre o próprio ambiente*.

A. *Político*. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteção de liberdade de expressão e associação.

B. *Material*. Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com demais trabalhadores.<sup>23</sup>

Outra diferença entre as teorias de Sen e Nussbaum é que a autora divide as capacidades em capacidades combinadas (*combined capabilities*), capacidades internas (*internal capabilities*) e capacidades básicas (*basic capabilities*)<sup>24</sup>. Como mencionado acima, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de alcançar a combinação de funcionamentos (*functioning*) alternativos. Elas são não só as habilidades que residem dentro da pessoa, mas também as liberdades ou oportunidades criadas pela combinação de habilidades pessoais e o ambiente político, social e econômico. Nussbaum se refere a essas “liberdades

<sup>23</sup> NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de: Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 91-93. A lista repete-se em diversas obras da autora. Nesse sentido, cf. também NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities...** Op. cit., p. 33-34; NUSSBAUM, Martha C. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. **Feminist Economics**, v. 9, n. 2-3, p. 33-59, 2003.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 20-25.

substantivas” para realizar o complexo de capacidades como capacidades combinadas (*combined capabilities*)<sup>25</sup>.

As capacidades internas (*internal capabilities*) são as características de uma pessoa (traços da personalidade, capacidades emocionais e intelectuais, estados de aptidões físicas e de saúde, aprendizados internalizados, habilidades de percepção e movimento) altamente relevantes para as suas capacidades combinadas; as capacidades combinadas são parte dessas características. São estados da pessoa não fixos, mas fluidos e dinâmicos. As capacidades internas são condições (corpóreas, mentais ou do caráter) que tornam um indivíduo capaz de escolher entre vários funcionamentos que considera valiosos. Um trabalho de uma sociedade que deseja promover as capacidades humanas mais importantes é oferecer suporte para o desenvolvimento das capacidades internas – por meio da educação, recursos para realçar saúde emocional e física, suporte para o cuidado e para o amor familiar, um sistema de educação etc.

As capacidades básicas (*basic capabilities*)<sup>26</sup> são aquelas capacidades que o indivíduo precisa desenvolver para levar uma vida digna e possuir autorrespeito. São as faculdades inatas da pessoa que tornam possível o desenvolvimento posterior de capacidades mais avançadas; são as capacidades mais centrais que deveriam ser o objetivo da política pública e que poderiam figurar em uma constituição, ou, à parte disso, executar o papel de uma garantia constitucional.

Feita essa breve digressão sobre a igualdade na teoria das capacidades de Sen e de Nussbaum, analisarei a seguir as iguais liberdades da teoria da justiça de Rawls. O objetivo é demonstrar a aproximação entre as teorias, de modo a delinear uma visão de igualdade que leve a sério as possibilidades de todos poderem exercer suas liberdades fundamentais. Nesse sentido, as barreiras físicas, morais, culturais e sociais não podem obstaculizar o exercício da liberdade pelo fato de aquele modo de viver não possuir correspondência com a prática majoritária e hegemônica na sociedade.

---

<sup>25</sup> Em trabalhos anteriores, a autora chamava as capacidades combinadas de capacidades externas. A autora explica essa questão da nomenclatura da categoria em NUSSBAUM, Martha C. *Capabilities and human rights*. **Fordham Law Review**, v. 66, p. 290, 1997. Ela acatou a sugestão de David A. Crocker de alteração, porque a nomenclatura poderia passar a impressão equivocada de contraste entre capacidades internas e externas. A denominação “capacidades externas” é encontrada em NUSSBAUM, Martha C. *Aristotelian social democracy*. In: DOUGLASS, Robert B.; MARA, Gerald R.; RICHARDSON, Henry S. (Orgs.). **Liberalism and the good**. Nova York e Londres: Routledge, 1990, p. 203-252; NUSSBAUM, Martha C. *Nature, function, and capability: Aristotle on political distribution*. In: ANNAS, Julia; GRIMM, Robert H (Orgs.). **Oxford studies in ancient philosophy**. Supplementary volume. Oxford: The Clarendon Press, 1988, p. 145-184.

<sup>26</sup> Nussbaum entende que as capacidades básicas estão implícitas em Sen. Cf. NUSSBAUM, Martha C. *Capabilities and human rights*. Op. cit., p. 277.

### 1.2.2 As iguais liberdades como medida de justiça

A teoria rawlsiana não é uma teoria da Constituição – embora também a abranja –, mas uma teoria da justiça. Rawls busca estabelecer princípios de justiça que sejam aplicáveis à estrutura básica da sociedade<sup>27</sup>. Segundo o autor, a estrutura básica seria “o modo como as principais instituições sociais<sup>28</sup> distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”<sup>29</sup>. A teoria da justiça de Rawls, portanto, é uma teoria sobre a justiça das instituições, ou seja, somente instituições poderiam ser submetidas à aplicação dos princípios de justiça, pelo fato de seus efeitos sobre os indivíduos serem particularmente profundos, penetrantes e disseminados. A aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade se justificaria porque, “[e]m conjunto, como um só esquema, essas instituições mais importantes definem os direitos e os deveres das pessoas e repercutem em seus projetos de vida, no que podem esperar vir a ser e no grau de bem-estar a que podem almejar”<sup>30</sup>. O conceito de estrutura básica rawlsiano não é isento de críticas, mas esse não é o objetivo deste trabalho, que busca um fundamento filosófico para a adaptação razoável. Para os fins deste artigo, o que interessa da teoria de Rawls são seus dois princípios de justiça.

O filósofo, a partir de uma teoria neocontratualista, idealiza uma posição original, na qual as pessoas seriam capazes de realizar julgamentos morais imparciais, sendo, portanto, capazes não só de ter uma concepção do seu próprio bem, mas também de pensar e respeitar as concepções alheias de bem. Assim, os indivíduos racionais, nessa posição original, estariam

---

<sup>27</sup> Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Jussara Simões. Rev.: Álvaro de Vita. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 8-9. Existe, na teoria política, alguma divergência sobre a aplicação dos princípios de justiça somente à estrutura básica da sociedade, e não também ao que Rawls denomina de associações em sentido amplo, como a família, as entidades e demais associações privadas. Nesse sentido, cf. OKIN, Susan Moller. Political Liberalism, Justice, and Gender. *Ethics*, v. 105, n. 1, p. 23-43, out. 1994. A autora critica que a família não se encontra na estrutura básica da sociedade na obra “Uma teoria da justiça”, o que é retificado, de certa forma, por Rawls no “Liberalismo político”, em que ele adiciona a família monogâmica na estrutura básica. A crítica é pertinente, porque retira a aplicação dos princípios de justiça da família, âmbito no qual se encontram as maiores opressões, principalmente de gênero. Em outras palavras, Okin volta a rediscutir a relação entre público e privado a partir da ideia de que os princípios de justiça (público) devem ser também aplicados nas relações privadas onde se perpetuam relações de opressão. Sob a ótica jurídica, essa questão se traduz na discussão da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas. Sobre o tema da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-497; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>28</sup> Rawls conceitua como principais instituições sociais a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes. Cf. RAWLS, John. Op. cit., p. 8.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

separados do mundo por um véu da ignorância, que os tornaria ignorantes quanto à sua própria realidade e que os destituiria da capacidade de pensar estrategicamente sobre o resultado das decisões que estão tomando. Dessa forma, eles não saberiam de sua condição social, de sua religião, de seu gênero, da sua raça, de suas habilidades sociais ou físicas na sociedade em que estão organizando, não sendo capazes, portanto, de prever se as decisões tomadas lhes serão benéficas ou não. Nessa posição, os indivíduos elegem, de forma imparcial, os princípios de justiça que irão ser aplicados à estrutura básica da sociedade, independentemente de seus interesses privados. Por conseguinte, os indivíduos racionais buscarão estabelecer um ambiente que não lhes seja desfavorável, caso estejam em uma posição social e econômica menos privilegiada ou pertençam a uma minoria discriminada. Por meio dessa justiça procedimental pura<sup>31</sup>, Rawls busca neutralizar a sorte bruta<sup>32</sup>, visto que a valorização social de determinado atributo, o acaso ou mesmo uma combinação dos dois não se compatibilizam com uma concepção de igualdade em um sistema de justiça.

Nessas condições, os indivíduos escolheriam dois princípios de justiça: (i) “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”<sup>33</sup>, portanto, os indivíduos atribuiriam entre si iguais liberdades, de modo que nenhum indivíduo tivesse vantagem sobre os demais – razão pela qual entendo que não há prevalência da igualdade ou da liberdade em Rawls, mas, sim, uma relação de complementaridade; e (ii) “as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos, como (b) estejam vinculadas a cargos e

---

<sup>31</sup> Como bem anotam Feres Júnior e Pogrebinschi, a justiça procedimental pura se verifica quando não há critério independente para o resultado correto, mas, em seu lugar, existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contanto que o procedimento tenha sido corretamente aplicado. Verifica-se que a justiça procedimental pura é incorporada à teoria de Rawls, na medida em que assegura um ponto de partida marcado pela igualdade e pela garantia da exclusão de qualquer contingência que difere as partes responsáveis pela escolha: a posição original confere a certeza de um procedimento justo. Por meio dele ou da justiça a ele inerente, o resultado da escolha das partes será sempre justo. Cf. FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 25-26.

<sup>32</sup> Dworkin, em sua obra intitulada *Virtude Soberana*, criticará Rawls defendendo que sua teoria seria insuficientemente igualitária. Ambos tentam neutralizar a sorte bruta, mas entendo que Rawls, ao tratar a igualdade e a liberdade como princípios complementares em seu primeiro princípio da justiça – que será analisado a seguir – e por instituir o princípio da diferença, que faz com que o benefício de um tenha que se reverter também em benefício dos menos favorecidos, neutraliza também, em alguma medida, a sorte escolhida. Na metáfora das conchas e do seguro hipotético de Dworkin, a sorte bruta é neutralizada, mas, a meu ver, a sorte escolhida não. Dessa forma, entendo que a teoria de Dworkin, ao contrário do que apontado por ele em sua obra, não cumpre a promessa de ser mais igualitária do que a de Rawls. Cf. DWORKIN, Ronald. **Virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução de: Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

<sup>33</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 73.

posições acessíveis a todos [princípio da diferença]”<sup>34</sup>. Pelo segundo princípio, que se subdivide em dois, a desigualdade só seria admitida na medida em que beneficie os menos favorecidos. É pelo segundo princípio, especialmente o princípio da diferença, que Rawls procura eliminar – ou, pelo menos, mitigar na maior medida possível – as diferenças moralmente arbitrárias, também chamadas de sorte bruta, tais como as diferenças de recursos, de educação, de talentos – notadamente aqueles valorizados em determinada sociedade e que geram as maiores desigualdades de recursos –, de inteligência, de origem familiar etc.

Ao final desse procedimento, obtidos os princípios de justiça aplicáveis à estrutura básica da sociedade, a Constituição que regerá essa sociedade justa deveria ter como base os princípios de justiça mencionados acima<sup>35</sup>. Dito de outra forma, a Constituição e as demais instituições do Estado estão submetidas aos dois princípios de justiça, devendo a eles ser reconduzidas.

Entendo que os princípios de justiça de Rawls são aptos a formular uma teoria sobre o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais. Por terem como objetivo viabilizar a emancipação do indivíduo, de modo a permitir que as pessoas possam viver, como livres e iguais, a sua própria concepção de bem, de vida boa – desde que, como o próprio Rawls admite, essa concepção de bem seja uma dentre as várias doutrinas abrangentes razoáveis –, os direitos fundamentais veiculam e instrumentalizam princípios de justiça. Na Constituição de 1988, além da própria liberdade e da igualdade, previstas no *caput* do artigo 5º, pode-se citar os direitos políticos, os demais direitos civis, os direitos sociais, as garantias processuais – principalmente as garantias processuais penais – e os direitos que limitam o poder punitivo do Estado (princípio da legalidade, da lesividade, da intervenção mínima, da *ultima ratio* etc.)<sup>36</sup>.

### 1.2.3 A igualdade como valor intrínseco

Demonstrei acima a relação de complementariedade entre a igualdade e a liberdade que deve guiar a teoria aqui proposta. Essa teoria não basta para os propósitos da adaptação razoável, uma vez que nem todos os grupos que têm direito à adaptação razoável demandam apenas liberdade. No caso do exercício dos direitos culturais, além da liberdade, há a necessidade de que a cultura de determinada etnia indígena seja vista como merecedora de igual

---

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Ibidem. 272-281.

<sup>36</sup> Sobre esses princípios, cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 52-116.

valor em relação à sociedade envolvente. Da mesma forma, há determinadas pessoas com deficiência que se encontram, momentânea ou definitivamente, impossibilitadas de exercer suas liberdades e de realizar escolhas morais. Nesses casos, a garantia de igual liberdade não seria suficiente para promover, de maneira satisfatória, a igualdade. Portanto, nessa parte, buscarei terminar os contornos da teoria da igualdade aplicada à adaptação razoável.

A igualdade tem uma relação sinérgica com o valor intrínseco da pessoa, que é um dos elementos básicos e fundamentais da dignidade humana<sup>37</sup>. Como definiu Kant, “[n]o reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”<sup>38</sup>. A dignidade em Kant deriva do imperativo prático, que é posterior ao imperativo categórico. No imperativo categórico, Kant formula sua famosa regra de universalidade subjetiva. Assim, “é melhor, no juízo moral, proceder sempre segundo o método rigoroso e basear-se sempre na fórmula universal do imperativo categórico: *Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal*”<sup>39</sup>.

Na segunda forma de universalidade, Kant busca delinear um princípio prático supremo compatível com o imperativo categórico no que respeita à vontade humana. Ele tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque *é fim em si mesmo*, faça um princípio objetivo da vontade, que possa, por conseguinte, servir de lei prática universal. Daí, Kant extrai um princípio objetivo da vontade, que possa, por conseguinte, servir de lei prática universal, o imperativo prático: “*Age de tal maneira que uses a humanidade,*

---

<sup>37</sup> No direito, é vasta e pacífica a literatura que considera o valor intrínseco da pessoa uma das características que compõe a dignidade humana. Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 76-81; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67-68; e MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

<sup>38</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa: Edições70, 2007, p. 77. Saliento que, para os propósitos deste trabalho, a leitura do valor intrínseco de Kant, que serve como pressuposto filosófico para relacionar a igualdade com o valor intrínseco do ser humano, será apenas o ponto de partida, não se relacionando, necessariamente, com o restante da sua obra. Aliás, considerada globalmente, a obra de Kant fundamenta o retribucionismo penal e proibição do suicídio, diretriz filosófica que não condiz com a construção que busco realizar a partir de parte da literatura da obra de Kant, que utilizarei para cunhar um conceito próprio de valor intrínseco da igualdade – também chamado de valor pessoal, valor intrínseco do ser humano, instrumento ou subjetivo. Agradeço a Leticia Martel por apontar essa crítica.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 62.



*tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio*<sup>40</sup>.

Como destacou Onora O’Neill, o imperativo prático é “uma versão extremamente articulada da exigência de respeito às pessoas”<sup>41</sup>. Como se observa, à luz da teoria kantiana, é incompatível com a definição de dignidade e, por conseguinte, com o imperativo prático, que uma pessoa seja tratada como mero objeto para a satisfação de propósitos alheios. Obviamente, o propósito deste trabalho não é discutir a teoria kantiana, mas tão somente buscar um substrato teórico da igualdade que legitime a adaptação razoável quando não estiver em jogo a liberdade.

Do imperativo prático se extrai a regra de que toda pessoa é um fim em si, devendo ser respeitada como um sujeito racional capaz de fazer escolhas e de se autodeterminar<sup>42</sup>. Dele se extrai, também, que a vedação é somente no sentido de que as pessoas sejam *apenas* tratadas como meios. Portanto, não é proibido que as pessoas utilizem as outras também como meio para atingir os fins que perseguem<sup>43</sup>.

Por fim, Kant também não aceita que o indivíduo trate a si mesmo como objeto: ele deve tratar a humanidade que carrega em si sempre como um fim. Daí porque Kant considera imorais determinadas ações individuais, como o suicídio<sup>44</sup>, que, embora não causem danos a terceiros, deixam de exprimir, segundo ele, o necessário respeito à humanidade de quem os pratica.

Para Dworkin, a vida humana é subjetiva, instrumental e intrinsecamente valiosa: é valiosa como instrumento quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros (do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida das outras

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>41</sup> O’NEILL, Onora. Kantian ethics. In: SINGER, Peter (Ed.). **A companion to ethics**. Malden: Blackwell Publishers, 2010, p. 178.

<sup>42</sup> Cf. RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**. Tradução de: F. J. Azevedo Gonçalves, Lisboa: Gradiva, 2004, p. 192. Ver também SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 107.

<sup>43</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit. É possível, então, que um indivíduo contrate um médico que, em troca, receba um pagamento por isso. Ele se utiliza do médico para perseguir seu fim, mas não há nada de irregular nisso, visto que ambos atuam de forma livre e autônoma, por vontade própria. Nessa relação, portanto, ninguém é tratado pelo outro como mero objeto.

<sup>44</sup> “Se, para escapar a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um *simples meio* para conservar até ao fim da vida uma situação suportável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objecto que possa ser utilizado *simplesmente* como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas acções como fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar. (Tenho de deixar agora de parte a determinação mais exacta deste princípio para evitar todo o mal-entendido, por exemplo no caso de amputação de membros para me salvar, ou no de pôr a vida em perigo para a conservar, etc.; essa determinação pertence à moral propriamente dita.)”. Cf. KANT, Immanuel. Op. cit., p. 70.

peessoas, por exemplo<sup>45</sup>); ela é subjetivamente valiosa quando avaliamos seu valor para ela própria, ou seja, em termos de quanto ela quer estar viva ou de quanto o fato de ela estar viva é bom para ela<sup>46</sup>; por fim, o pessoal é definido como valor subjetivo que uma vida tem para a pessoa de cuja vida se trata<sup>47</sup>.

O valor intrínseco kantiano de que todo homem é um fim em si mesmo se relaciona com a igualdade, porque todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e consideração<sup>48</sup>. Isso quer dizer que, se cada pessoa é igual a outra, ninguém pode ser discriminado por uma condição pessoal. Some-se a isso o valor subjetivo e instrumental do ser humano de Dworkin: cada pessoa tem valor em relação às demais e para ela própria, devendo ser protegida pelo Estado, por ser fundamentalmente importante proteger a vida das pessoas. Desse valor pessoal – intrínseco, subjetivo e instrumental –, tem-se que são vedadas as discriminações em função de sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião, capacidade, ou qualquer outra diferenciação ilegítima imposta pela sociedade, em virtude de traço imutável físico ou mesmo daqueles que estão sob o controle do indivíduo e que estão relacionados às suas escolhas morais<sup>49</sup>.

Roger Raupp Rios, com base nos dispositivos constitucionais que vedam a discriminação e nas disposições contidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR)<sup>50</sup> e na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDM)<sup>51</sup>, definiu a discriminação da seguinte maneira:

<sup>45</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 101. Dworkin cita o exemplo do grande valor de Mozart porque sua música servira aos interesses dos outros.

<sup>46</sup> Ibidem. É o caso, segundo o filósofo, de quando a vida perde o valor para alguém que sofre muito ou está na miséria.

<sup>47</sup> Ibidem. Segundo ele, é um valor pessoal “o que temos em mente quando dizemos que, normalmente, a vida de uma pessoa é a coisa mais importante que ela tem. É valor pessoal aquilo que um governo tenta proteger, como fundamentalmente importante, quando reconhece e faz vigorar o direito das pessoas à vida”.

<sup>48</sup> A expressão é comumente utilizada por Ronald Dworkin em seus escritos. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 327-399.

<sup>49</sup> Sobre as características a serem combatidas pelas leis antidiscriminação, ver POST, Robert C. Prejudicial appearances: the logic of American Antidiscrimination Law. **California Law Review**, Berkeley, v. 88, n. 1, p. 8, jan. 2000.

<sup>50</sup> Artigo 1.1 da Convenção aprovada pelas Nações Unidas em 21 dez. 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 mar. 1968: “Na presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.”

<sup>51</sup> Artigo 1º da Convenção aprovada pelas Nações Unidas em 18 dez. 1979 e ratificada pelo Brasil em 31 mar. 1981: “Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o

[Q]ualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública<sup>52</sup>.

“Distinção”, “exclusão”, “restrição” ou “preferência” são termos que buscam alcançar todas as formas de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos<sup>53</sup>. À formulação de Rios, adiciono também a definição de discriminação contida na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que inova ao inserir nesse conceito atualizado de discriminação a recusa em promover a adaptação razoável<sup>54-55</sup>. De forma mais completa, discriminação é *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública, incluindo, a recusa de adaptação razoável*.

Daí porque Rawls<sup>56</sup> e Dworkin<sup>57</sup>, em suas teorias da igualdade, buscam neutralizar os efeitos da sorte bruta, visto que elas decorrem unicamente de decisões moralmente arbitrárias (como o fato de determinada pessoa ter nascido em uma família rica). Assim, a “discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias,

---

reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

<sup>52</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 20.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 20-21.

<sup>54</sup> Artigo 2º: “‘Discriminação por motivo de deficiência’ significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável”.

<sup>55</sup> Também nesse sentido, ressaltando os méritos da inovação da Convenção por ampliar o conceito de discriminação para inserir também a denegação de adaptação razoável, cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 91-92, jun. 2011: “A respeito da discriminação, a CDPD/ONU altera o pensar convencional, por duas ordens de motivos. Um, a CDPD/ONU amplia o conceito, definindo-o também em função da não oferta de adaptação razoável. Portanto, paralelamente às formas tradicionais de tratamento desigual e discriminatório, a recusa em adaptar razoavelmente a quem do ônus indevido enseja discriminação de pessoas com deficiência. Daí a singularidade do conceito de acomodação razoável, pois, ao modificar o conteúdo da discriminação, “demonstra o reconhecimento das barreiras ambientais como uma causa evitável das desigualdades experienciadas pelas pessoas com deficiência [...] Dois, a CDPD/ONU amplia expressamente o significado de discriminação, compreendendo formas diretas e indiretas, como a discriminação por impacto adverso.”

<sup>56</sup> Nesse sentido, confirmam-se os princípios da justiça de Rawls, especialmente o segundo princípio, que engloba o princípio da diferença: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. cit., p. 73.

<sup>57</sup> Ver a já citada teoria do seguro hipotético de Dworkin: Cf. DWORKIN, Ronald. **Virtude soberana...** Op. cit.

comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violações de direitos dos indivíduos e dos grupos”<sup>58</sup>.

Por meio da igualdade, deve-se levar a sério o valor de cada pessoa, buscando-se proscurever quaisquer formas de discriminação. Isso implica na eliminação de restrições moralmente arbitrárias, com restrições ilegítimas no exercício das liberdades e dos direitos fundamentais e na redução do valor do indivíduo, que passa a gozar de menor valor perante si e frente aos demais, de forma incompatível com a sua dignidade.

A partir das conclusões delineadas acima, firmados os marcos teóricos da igualdade, buscarei, no próximo item, conjugar a igualdade substantiva aqui concebida com a adaptação razoável. Esse trabalho será essencial para o conceito geral que pretendo formular, já que a acomodação razoável deve promover a igualdade e combater discriminações.

### **1.3 A igualdade e adaptação razoável**

#### **1.3.1 A adaptação como meio e fim da igualdade**

Busquei, nos três primeiros itens acima, firmar os marcos teóricos da igualdade que justificam a adaptação razoável. Algumas escolhas parecem mais óbvias ao leitor do que outras. Por isso, o objetivo deste item é somar as balizas da igualdade esboçadas acima com o conceito de adaptação razoável. Este tópico, portanto, dedica-se a mostrar como a adaptação razoável promove a igualdade e como os ajustes devem ser pensados de forma a resultar, satisfatoriamente, em isonomia. Portanto, ao mesmo tempo em que a exigência de igualdade fundamenta a realização das acomodações, essas adaptações não podem ser discriminatórias ou gerar mais discriminação.

Antes de demonstrar o resultado dessa associação entre os marcos teóricos expostos acima e a acomodação razoável, dedicarei este item a aprofundar a ideia presente no seu título e já introduzida acima: a de que a adaptação encontra como base e como objetivo a igualdade. Portanto, em primeiro lugar, a exigência de igualdade e, por conseguinte, de não discriminação justifica que alguns indivíduos façam jus à adaptação razoável, em decorrência de determinada característica inerente a eles, como deficiência, religião ou aspecto físico e cultural essencial, que os impede de realizar determinada tarefa ou de acessar determinados locais pelos meios

---

<sup>58</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 15.

tradicionais<sup>59</sup>. Assim, a interação entre as características individuais e o ambiente físico, normativo ou social impossibilita a fruição de um emprego ou de um serviço que é – ou deveria ser –, em princípio, aberto para todos<sup>60</sup>. Por isso, a igualdade e a não discriminação impõem – o que é confirmado, inclusive, pela legislação de diversos países, como se verá – o dever de adaptação razoável, ou seja, a obrigação de realizar medidas apropriadas para garantir a proteção de certos grupos contra a discriminação, possibilitando o acesso a empregos ou outras atividades<sup>61</sup>. A acomodação razoável encontra seu fundamento de validade no fato de que, por vezes, a igualdade formal não é suficiente, exigindo uma igualdade substantiva (igualdade na lei<sup>62</sup>, real, de fato ou estrutural<sup>63</sup>). Isso quer dizer que a mera aplicação igual da lei para todas as pessoas (igualdade perante a lei<sup>64</sup>) não será suficiente para realizar plenamente a igualdade. Nesses casos, as diferenças de determinadas pessoas em certo contexto social exigem a aplicação de regras diferenciadas e de medidas ativas para que esses indivíduos possam gozar

---

<sup>59</sup> BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European Antidiscrimination Law? **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 17, n. 2, p. 138, 2010. Sobre a fundamentação da adaptação razoável, ver também: WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation. In: BELL, Mark; SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa (Orgs.). **Cases, materials and text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 629-756; PALACIOS, Agustina. El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras. (Orgs.). **Igualdad y no discriminación**. El reto de la diversidad. Quito: V&M Gráficas, 2010, p. 389-412; GÓMES, Patricia Cuenca. El ajuste razonable como expresión de igualdad. Disponível em <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-ajuste-razonable-como-expresi%C3%B3n-de-igualdad-Patricia-Cuenca.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017; BOSSET, Pierre. **Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable**. Commission des droits de la personne et des roits de la jeunesse, Québec, 2007, p. 1-4. Disponível em: <[http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/accommodements\\_fondements\\_juridiques.pdf](http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2017 (o artigo foi originalmente publicado na introdução do livro de JÉZÉQUIEL, Myriam (Org.). **Les accommodements raisonnables**: quoi, comment, jusqu'ou? Des outils pour tous. Cowansville: Yvon Blais, 2007, p. 3-28).

<sup>60</sup> BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> A utilização da expressão “igualdade na lei” para designar a igualdade material é, no entanto, bastante controversa. Utilizando-as como expressões sinônimas, cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330-331. Francisco Campos, por outro lado, entende que o conceito de “igualdade na lei” está contido no de “igualdade perante a lei” (CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 50-56, dez. 2013.). Para José Afonso da Silva, igualdade na lei e perante a lei se confundem, sendo desnecessário promover tal distinção no contexto brasileiro (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 215-216).

<sup>63</sup> O conceito é de SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. In: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras. (Orgs.). **Igualdad y no discriminación**. El reto de la diversidad. Quito: V&M Gráficas, 2010, p. 53-93.

<sup>64</sup> Sobre os elementos de discrimen legislativo, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 23-46.

de direitos e liberdades fundamentais na mesma medida que os demais em respeito ao pluralismo existente na sociedade<sup>65</sup>.

É notório, portanto, que a igualdade, especialmente a substantiva, confere especial fundamento de validade no combate à discriminação de grupos vulneráveis na sociedade, tais como sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião etc. Assim, a igualdade substantiva e a decorrente vedação à discriminação arbitrária são fundamentos de validade da adaptação. Tal fundamento está perfeitamente de acordo com a proposta do valor intrínseco da igualdade – ou seja, de que cada ser humano possui um valor único e é um fim em si, merecendo, pois, igual respeito e consideração, rejeitando-se qualquer tratamento discriminatório – bem como a ideia de iguais liberdades<sup>66</sup> –, que também se relaciona com a vedação da discriminação, na medida em que determinada liberdade fundamental ou escolha moral existencial é discriminada pelo Estado e pelos particulares, resultando na impossibilidade de sua realização.

Demonstrado que a adaptação razoável tem seu fundamento na igualdade (substancial), resta agora explorar a igualdade como fim da acomodação razoável. Nesse sentido, não é difícil verificar que a finalidade da adaptação deve ser a igualdade material (ou substantiva). Afinal, se o que justifica tratamentos diferenciados e ajustes é a igualdade material, o resultado dessas ações deve ser também o alcance de uma sociedade substantivamente mais igual.

Disso decorre que uma acomodação não pode provocar um resultado discriminatório ou não eliminar suficientemente essa discriminação. Para ilustrar essa ideia, imagine-se o seguinte caso que está sendo discutido perante o Supremo Tribunal Federal (STF): uma pessoa transexual, que se identifica com o gênero feminino, pretendia utilizar o banheiro do sexo com o qual se identifica em um shopping – ou seja, o banheiro feminino<sup>67</sup>. Contudo, ela fora impedida de utilizar o banheiro feminino pelos funcionários do shopping sob o argumento de que, na realidade, seria homem, devendo utilizar o banheiro masculino. A utilização da

---

<sup>65</sup> Sobre a justificativa da adaptação razoável com base na igualdade material, cf. PALACIOS, Agustina. Op. cit., p. 402; WADDINGTON, Lisa. Op. cit.; BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit., p. 138; BOSSET, Pierre. Op. cit., p. 1-4.

<sup>66</sup> Associando também o exercício positivo da liberdade com a igualdade material, cf. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: \_\_\_\_\_. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143-147.

<sup>67</sup> O caso se refere ao BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julg. 19 nov. 2015. Votaram pela possibilidade de a pessoa utilizar o banheiro do sexo com o qual se identifica os Ministros Luís Roberto Barroso (relator) e Edson Fachin, reconhecendo, portanto, o direito da Recorrente à indenização por danos morais. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Luiz Fux.

adaptação razoável nesse caso resultaria em dois cenários diferentes: (i) a criação de um terceiro banheiro para pessoas transexuais; e (ii) a realização da categoria “acomodação” para que pessoas transexuais utilizem os banheiros relativos ao sexo com o qual se identificam.

No primeiro caso, a adaptação promovida incorreria em evidente violação à igualdade material e à não discriminação. A criação de um banheiro específico para pessoas transexuais seria excludente e promoveria, de forma insuficiente e discriminatória, a igualdade, porque não leva em consideração a igualdade de gênero. Esse tipo de acomodação promoveria a discriminação das pessoas transexuais, na medida em que, apesar de não a obrigar a utilizar o banheiro de seu sexo biológico, continuaria não levando a sério a identidade de gênero da pessoa transexual. Além disso, seria também discriminatório porque cria um terceiro gênero – o transexual – e impõe que a pessoa trans adote esse gênero que, ainda assim, não é aquele com o qual se identifica. Portanto, é evidente que a criação de um banheiro para pessoas transexuais não resolveria, de forma satisfatória, o caso à luz da igualdade, visto que solucionaria uma situação discriminatória com a criação de uma nova.

No segundo caso, também não se pode falar em adaptação razoável. Esse outro cenário é mais sensível e mais difícil que o primeiro, mas tem subjacente uma questão discriminatória. Permitir que uma pessoa transexual use o banheiro do sexo com o qual se identifica é uma medida suficientemente igualitária. Porém, não o é chamar essa medida de adaptação razoável. Isso seria estabelecer a existência de uma opção correta em relação à identidade de gênero<sup>68</sup>. A sociedade, nesse modelo, diria quem são homens e quem são as mulheres, restando às pessoas transexuais a mera acomodação – de forma desarrazoada – de suas escolhas, ao permitir que utilizem o banheiro do sexo com o qual se identificam. Como se pode ver, a questão, nesse caso, não é a adaptação em si, mas, sim, conferir o *status* de adaptação à possibilidade de uma pessoa transexual utilizar o banheiro de acordo com sua identidade de gênero.

Nesse cenário, não ocorre qualquer adaptação, mas, na verdade, se atribui às pessoas transexuais a possibilidade exprimir sua identidade de gênero de forma igual ao restante da sociedade. Portanto, seria discriminatório atribuir o nome de adaptação razoável à possibilidade

---

<sup>68</sup> A medicina vem reconhecendo a dificuldade de definir o sexo biológico diante da pluralidade de elementos a serem considerados e que nem sempre levam a resultados coincidentes. Cf. VENTURA Míriam. **A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania**. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 20. Veja-se, na literatura médica: “[...] de todos os critérios que entram na identificação do sexo, os mais importantes não são os morfológicos, mas os psíquicos. O indivíduo não é homem ou mulher porque tem um pênis ou uma vagina, secreta testosterona ou estradiol, tem um hipotálamo macho ou fêmea. O que importa é ele sentir-se homem ou sentir-se mulher.”. MACHADO, Lucas V. **Endocrinologia Ginecológica**, 2. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2006, p. 299.

de utilização do banheiro por pessoas transexuais nesse caso, porque o gênero deve ser definido pelo próprio indivíduo<sup>69</sup>, e não por características, comportamentos, códigos e critérios definidos pelos setores hegemônicos da sociedade<sup>70</sup>.

Os dois cenários acima foram bastante ilustrativos do que pretendo com a “igualdade como fim da adaptação razoável”. Ao realizar a acomodação, deve-se verificar a capacidade que determinada medida tem de, razoavelmente<sup>71</sup>, promover a igualdade substantiva. Assim, não há que se falar em adaptação razoável – ou seja, tem-se uma adaptação equivocada – se a medida pretendida gera nova discriminação ou situação desigual ou se mantém desarrazoadamente ou agrava aquelas que buscava combater. A criação de um banheiro específico para pessoas transexuais se enquadra no primeiro caso. Quanto ao segundo, atribuir a qualidade de adaptação razoável à utilização, por pessoas trans, do banheiro do gênero com o qual se identificam faz com que seja mantido, para esse grupo marginalizado, um estigma quanto à possibilidade de exercerem sua identidade de gênero. No caso descrito, portanto, há tão somente uma política de promoção da igualdade identitária, e não adaptação razoável.

Por outro lado, a adaptação razoável atinge seu objetivo de promoção da igualdade quando permite que adventistas de sétimo dia realizem provas de concurso público aos sábados fora do horário de guarda (ou seja, após o pôr do sol do sábado), na medida em que permite que essa minoria religiosa exerça igualmente sua liberdade religiosa em relação à religião hegemônica na sociedade. Os integrantes dessa minoria têm salvaguardada a sua igual liberdade religiosa em relação àqueles que professam religiões majoritárias, de modo que a adaptação, nesse caso, encontra fundamento (possibilidade de exercer igualmente a liberdade religiosa em relação aos demais) e fim (promove-se a igualdade, na medida em que há a inserção e a não exclusão dos membros desse grupo) na igualdade substantiva.

No próximo item, aprofundando a ideia embrionariamente desenvolvida acima, buscarei associar as diferentes facetas da igualdade desenvolvidas até aqui com a adaptação razoável.

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, a teoria *queer* questiona o próprio conceito de “sexo” como dado natural, afirmando, ao revés, tratar-se de construção cultural erigida socialmente. Cf. BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. Londres/Nova Iorque: Routledge, 1999.

<sup>70</sup> O gênero manifesta-se, na maior parte das vezes, por códigos comuns compreendidos como pertencentes a um ou outro dos gêneros conhecidos. Ao conhecer uma pessoa, não se identifica como homem ou mulher em razão, por exemplo, de seus órgãos genitais, mas por meio de signos pelos quais ela se manifesta, como seu nome, roupa, aparência física, modo de falar e andar. Nesse sentido, veja-se: Nesse sentido, KESSLER, Suzanne J.; MCKENNA, Wendy. **Gender: An ethnomethodological approach**. New York: Wiley, 1978.

<sup>71</sup> “Razoavelmente” foi aqui empregado para demonstrar que, como se extrai da própria expressão “adaptação razoável”, nem toda acomodação poderá ser implementada. Esse ponto será mais bem analisado no Capítulo III.



Meu objetivo será mostrar como os conceitos de igualdade formulados anteriormente devem preencher o conceito de adaptação razoável, de forma satisfatória e correta.

### 1.3.2 A igualdade substantiva como fundamento teórico da adaptação razoável

A adaptação razoável tem como seu primeiro objetivo, à luz da igualdade, fazer com que as pessoas possam gozar de iguais liberdades. Nesse esquema, como demonstrado anteriormente, a igualdade exerce uma função essencial ao complementar a liberdade, possibilitando o gozo de iguais liberdades fundamentais pelas pessoas.

No que é relevante para este trabalho, o primeiro princípio da justiça assume notável relevância. Ao estabelecer que as pessoas tenham “direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais”, Rawls tem, a meu ver, uma preocupação com a distribuição igual das liberdades básicas. A relação de complementariedade entre liberdade e igualdade, que Nussbaum e Sen, em suas obras, chamam de liberdade positiva<sup>72-73</sup>, parte do princípio de que igualdade e liberdade não são adversários, mas complementares entre si: deve ser dado a cada um a possibilidade de viver sua concepção de vida boa com igual liberdade.

A título ilustrativo, a igualdade não vai ser buscar, necessariamente, a “cura” de uma determinada deficiência, porque isso pode ser impossível à luz dos avanços da medicina da época ou pode ainda ser contrário à vontade da pessoa. Seria discriminatório colocar as pessoas sem deficiência como um padrão a ser alcançado no tratamento das pessoas com deficiência<sup>74</sup>. Como bem apontado por Diniz, Barbosa e Santos, sem relegar os elementos biomédicos – fundados em mensuração, evidências, tratamento e cura –, que possuem papel importante na garantia de direitos fundamentais de pessoas com deficiência, como acesso, promoção e proteção à saúde, deve haver também uma preocupação com o modelo social, que se preocupa

<sup>72</sup> De certa forma, tal perspectiva resolve parte do problema apontado por Sen sobre “igualdade de quê?”. Nesse sentido, veja-se o título “Equality of What?” do primeiro capítulo do livro “Inequality Reexamined”. Cf. SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Op. cit., p. 12-30.

<sup>73</sup> A nomenclatura é amplamente utilizada na filosofia política, antes mesmo das obras de Sen e Nussbaum. É comum a utilização do termo liberdade positiva como sinônimo de efetivo exercício da liberdade. Nesse sentido, Cf. ALEXYS, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 503-504; SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana...** Op. cit., p. 151-158. Outro sentido atribuído à liberdade positiva é encontrado em Dworkin que a utiliza como sinônimo de autonomia pública (DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Op. cit, p. 365). Confirma-se também a clássica obra de Berlin com seus conceitos de liberdade: BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de: Rosaura Achenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-298.

<sup>74</sup> A crítica também é feita por Sen na obra mencionada acima. Ver SEN, Amartya. Op. cit.

com a compreensão moral e cultural dos inúmeros obstáculos que estão no exterior dos corpos e no ambiente material e moral que os circunda<sup>75</sup>.

Dessa forma, a relação de complementariedade do binômio igualdade-liberdade é inserida na adaptação razoável, possibilitando, assim, que as pessoas possam ser livres e iguais no exercício de suas escolhas de vida. No caso das pessoas com deficiência, devem ser asseguradas medidas de acessibilidade que permitam que elas se desloquem de forma independente no espaço público, que possam exercer suas atividades de forma digna, tal como ter, por exemplo, um balcão de atendimento em locais públicos e privados na altura adequada para cadeirantes.

Isso pode ser verificado também em relação a minorias religiosas e a comunidades tradicionais. No primeiro caso, verifica-se que a adaptação razoável permite, por exemplo, que mulheres muçulmanas adentrem com o véu denominado *hijab* em repartições públicas nas quais é proibido o ingresso com boné, chapéus e congêneres. Essa medida possibilita que uma pessoa que não partilha da religião dominante exerça sua atividade laboral ou entre em determinados locais, sem que venha a sofrer restrições em sua liberdade religiosa, na medida em que os indivíduos que proferem a religião dominante no país não sofrerão a mesma restrição em sua liberdade religiosa que as mulheres muçulmanas. O exemplo citado acima do adventista de sétimo dia que realiza sua prova ao sábado após o pôr do sol também é um caso de adaptação razoável que promove igual liberdade.

No caso das comunidades tradicionais, pode-se pensar também no ingresso de um indígena de determinada etnia que utilize vestimentas de sua cultura em uma repartição pública. Pode-se pensar, ainda, no exercício da cultura, pelos membros de comunidades tradicionais, em seus respectivos territórios, com suas próprias regras e costumes, como é o caso dos indígenas e dos quilombolas, que têm, respectivamente, posse e propriedade coletiva da terra resguardadas pelo texto constitucional. Ambos os casos configuram uma adaptação razoável de minorias culturais baseada nos direitos culturais, no valor intrínseco e na igual liberdade dos membros das comunidades.

Não obstante, a igualdade não se esgota na garantia das liberdades iguais. Como demonstrado acima, ela possui um valor intrínseco extraído de uma relação sinérgica com a dignidade humana: as pessoas possuem um valor próprio, intrínseco, instrumental e subjetivo que as torna merecedoras de igual respeito e consideração. Por isso, devem ser neutralizadas

---

<sup>75</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson (Orgs.). **Deficiência e Discriminação**. Brasília: LetrasLivres: EdUnB, 2010, p. 99.

discriminações, independentemente da existência de violação de alguma liberdade fundamental. A igualdade deve agir para eliminar discriminações derivadas de condutas e comportamentos moralmente arbitrários relacionados à concessão ou à manutenção de privilégios ou qualquer outra situação social que hierarquize as pessoas.

Nesse caso, a adaptação razoável protegerá as pessoas com deficiências mentais que as impossibilitam de exercer, ao menos plenamente, sua liberdade ou que não podem, ainda que momentaneamente, exercer suas próprias escolhas. A acomodação levará em conta o valor intrínseco daquela pessoa, ou seja, o fato de que ela possui igual importância em relação a qualquer outra. Pode-se citar como exemplo de acomodação a diminuição da jornada de trabalho de algum parente ou responsável por aquela pessoa (curador<sup>76</sup>), ou mesmo a possibilidade de instituição de trabalho remoto a ser realizado de casa, a fim de que os pais ou o curador possa auxiliar a pessoa com deficiência em seus tratamentos de saúde ou mesmo com os cuidados ordinários exigidos pela sua condição física ou mental.

Outro exemplo que comprova a necessidade de incorporação do valor intrínseco da igualdade no conceito de adaptação razoável é o caso dos índios, que vivem de acordo com a suas tradições. Além da questão da liberdade – também aplicável à presente hipótese, na medida em que se exerce uma escolha quando se decide viver de acordo com determinada cultura –, há também a justificativa do valor intrínseco, visto que os indígenas não podem ser discriminados em função de suas tradições e de suas diferenças quando comparados com a sociedade envolvente. A busca por uma visão de igual respeito e consideração entre as diferentes culturas e seus membros, também justifica a atribuição de um valor intrínseco à igualdade, que fundamenta e define as adaptações razoáveis.

Como se observa, em ambos os casos, a adaptação razoável busca seu fundamento de validade em teorias substantivas da igualdade, comprometidas com a eliminação de desigualdades e discriminações que impedem que determinadas pessoas, por características pessoais ou por escolhas morais, exerçam seus direitos e suas liberdades fundamentais em igualdade de condições com o restante da sociedade, composta por um padrão hegemônico. A

---

<sup>76</sup> Note-se que, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), além da extinção da incapacidade absoluta por deficiência – só existe, atualmente, no artigo 3º do Código Civil, a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos -, não há mais previsão de curatela para (i) pessoas com enfermidade, com deficiência mental, ou que não tenham o necessário discernimento para os atos da vida civil; (ii) pessoa que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; (iii) pessoas com deficiência mental; e (iv) excepcionais sem completo desenvolvimento mental. A legislação incorporou o conceito social de deficiência, alterando o antigo artigo 1.767 do CC. Ela passou a prever que somente estão sujeitos à curatela: (i) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (ii) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e (iii) os pródigos.

igualdade substantiva delineada acima fundamenta a exigência de uma adaptação razoável capaz de lidar com as diferenças, promovendo, assim, o exercício de direitos e liberdades e o enfrentamento das discriminações contra grupos vulneráveis.

Seja quando se fundamenta nas iguais liberdades, seja quando se apoia sobre o valor intrínseco da igualdade, a adaptação deve buscar a eliminação das discriminações e das barreiras que impedem o exercício de direitos, de liberdades e de suas escolhas morais ou que simplesmente diminui e hierarquiza membros de grupos vulneráveis pelo fato de não adotarem um padrão de vida e de terem algum aspecto físico, psíquico ou moral que os difere da maioria. Portanto, da mesma forma que serve como ponto de partida, conferindo fundamento à adaptação razoável, a igualdade é o ponto de chegada da acomodação. É uma bússola que guia o intérprete, o legislador, o poder público ou o particular na direção da acomodação que promova a igualdade material, buscando eliminar tratamentos discriminatórios. Assim, como demonstrado no exemplo da utilização de banheiros por pessoas transexuais do gênero com o qual se identificam, a adaptação razoável não poderá eliminar uma discriminação criando uma nova ou uma violação, nem poderá manter, de forma desproporcional, situação desigual que buscava combater (vedação à proteção insuficiente<sup>77</sup>).

### 1.3.3 Adaptação razoável e o combate à discriminação

#### 1.3.3.1 Discriminação direta e a denegação de adaptação razoável

A adaptação razoável desempenha um papel central no combate à discriminação. Aliás, um dos principais fundamentos de sua concepção foi justamente a necessidade de um mecanismo de combate à discriminação indireta, especialmente por meio de isenções de comandos gerais que afetassem, de forma adversa, determinados grupos minoritários, ou mesmo com a realização de medidas positivas para combater tais violações.

Existe certa celeuma sobre se a recusa em prover adaptação razoável qualifica-se como discriminação direta, indireta ou como um tipo *sui generis* de discriminação<sup>78</sup>. Entendo que a

---

<sup>77</sup> Sobre o tema, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 358-382.

<sup>78</sup> Nesse sentido, cf. MCCRUDDEN, Christopher. Theorising European Equality Law. In: COSTELLO, Cathryn; BARRY, Ellis (Eds.). **Equality in diversity**: the new equality directives. Dublin: Irish Centre for European Law, 2003, p. 27-28; WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation, Op. cit., p. 740-754. Sobre a relação entre os conceitos de adaptação razoável e discriminação – notadamente a antidiscriminação e sua relação sobreposta com

recusa injustificada – não razoável – de promover a acomodação configura discriminação direta. O papel da adaptação razoável na correção, na eliminação ou, pelo menos, na mitigação considerável da discriminação indireta é notável e está na sua razão de ser. Isso significa que, baseado na ideia de igualdade substantiva, em determinados casos, havendo uma situação em que se vislumbra uma discriminação indireta, nasce, para o grupo vulnerável discriminado, um direito à adaptação razoável<sup>79</sup>.

Nesse ponto, para justificar as conclusões acima delineadas, deve-se conceituar a discriminação direta, a indireta e a de fato. Não objetivo aqui analisar profundamente esses conceitos, nem explorar suas nuances, pois isso desbordaria dos objetivos do presente trabalho. A análise se dará apenas em caráter instrumental para apurar a relação das discriminações com a adaptação razoável. Nas linhas anteriores, conceituei, de forma geral, o que seria discriminação. Utilizei a formulação de Rios, com a qual concordo, adicionando uma atualização extraída da CDPD, que, aproveitando a definição das convenções anteriores, integrou, na discriminação, a denegação de adaptação razoável<sup>80</sup>. Contudo, embora assuma característica geral de privação de direitos e liberdades, a discriminação não opera de maneira homogênea do ponto de vista jurídico. Daí porque diversos autores e a jurisprudência de vários países vêm distinguido entre duas principais formas de discriminação jurídica: a discriminação direta e a discriminação indireta.

A *discriminação direta*<sup>81</sup> ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, fundadas em origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação vedadas pelo ordenamento vigente têm o propósito de anular ou de prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida

---

a acomodação -, veja-se JOLLS, Christine. Antidiscrimination and accommodation. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 640, p. 642-699, 2001.

<sup>79</sup> Nesse sentido, apontado a relação entre a adaptação razoável e igualdade material para a correção de discriminação indireta, cf. BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit., p. 138; JOLLS, Christine. Op. cit.; BRIBOSIA, Emmanuelle; RORIVE Isabelle. **Reasonable accommodation beyond disability in Europe?** Luxemburgo: Official Publications of the European Union, 2013, p. 7-8. No Brasil, ver MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit.; e CORBO, Wallace. **Discriminação indireta**: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 241-259.

<sup>80</sup> Para rememorar, na ocasião, defini que discriminação é *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública, incluindo, nesse campo, a recusa de adaptação razoável.*

<sup>81</sup> No direito americano, a discriminação direta é tratada como *disparate treatment*.

pública<sup>82</sup>. Adotando o direito estadunidense como marco teórico, Rios explica, de forma didática, três hipóteses de discriminação direta: (i) discriminação explícita (*facial discrimination*), (ii) discriminação na aplicação da legislação ou da medida (*discriminatory application*) e a discriminação na elaboração da legislação ou da medida (*discrimination by design*)<sup>83</sup>.

A *discriminação direta explícita* é aquela direcionada contra um indivíduo ou grupo e que se encontra estampada no texto instituidor da medida<sup>84</sup>. É o caso, como bem aponta o autor, de uma regra das Forças Armadas que proíba a ascensão de homens ao generalato (discriminação direta em virtude do sexo). Ela pode decorrer também de um resultado imediatamente inferido do texto da medida, ainda que o critério de diferenciação proibido não tenha sido literalmente empregado. Isso ocorreria caso fosse vedada a aquisição de determinado imóvel, em uma área específica, por descendentes de escravos (discriminação por raça).

A *discriminação direta na aplicação do direito* ocorre quando, independentemente das intenções do instituidor da medida, a diferenciação ocorre, de modo intencional, no momento da execução da medida ou da lei<sup>85</sup>. É o caso, por exemplo, do que ocorreu no precedente *Yick Wo v. Hopkins*<sup>86</sup>, em que uma regulação genérica e neutra da cidade de São Francisco, na Califórnia, somente permitia o funcionamento de lavanderias em estabelecimento de alvenaria se houvesse consentimento da autoridade administrativa. Entretanto, na prática, a Administração Pública Municipal deferia sistematicamente a todos a permissão para o funcionamento em estabelecimentos de madeira, com exceção dos membros da comunidade chinesa, que, até então, detinha a maior parte do mercado desse serviço. Em relação a essa categoria, Daniel Sarmiento a denominou discriminação *de facto*<sup>87</sup>, diferenciando-a da discriminação indireta. Tanto na definição de Sarmiento, quanto na de Rios, é possível verificar

<sup>82</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 89.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>86</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).

<sup>87</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro... Op. cit., p. 147-148: “A discriminação *de facto* consiste em ofensa ao princípio da igualdade perante a lei. Ela ocorre quando existe uma norma jurídica válida, cuja aplicação concreta pelas autoridades competentes dá-se de forma sistematicamente anti-isonômica e prejudicial a um determinado grupo. A melhor forma para aferir a violação desta dimensão do princípio da igualdade é através do recurso à estatística. Por exemplo, se ficar comprovado que o percentual de negros reprovados em testes orais em determinado concurso público é proporcionalmente muito superior ao de candidatos brancos, esta pode ser uma prova importante de violação ao princípio da igualdade na aplicação da norma aparentemente neutra que instituiu a prova oral como fase do certame. Ou se for estatisticamente demonstrado que a polícia realiza revistas pessoais em afrodescendentes com frequência muito superior à utilizada em relação a outros cidadãos, isto também pode servir de comprovação à violação ao princípio da igualdade.”.

que o resultado discriminatório não decorre da estrutura em si da norma, mas da sua aplicação de forma desigual. Portanto, nesse caso, há o que Oscar Vilhena Vieira<sup>88</sup> denominou de violação do Estado de Direito, quando a lei é aplicada de forma diferente entre as pessoas, de acordo com seu *status* social e com algumas características pessoais. Assim, a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a *invisibilidade* dos extremamente pobres, a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. A desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral, quanto em seu interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito.

Por fim, a *discriminação na concepção* ocorre quando a legislação ou a medida são concebidas com a intenção de discriminar, ainda que não se possa extrair, literal e diretamente do seu texto, a diferenciação<sup>89</sup>. Nesse caso, a medida adota exigências aparentemente neutras que foram concebidas, de modo intencional, para causar prejuízo a certo indivíduo ou grupo. Como ilustrado por Rios, é exemplo desse tipo de discriminação a utilização da referência à “boa aparência” em anúncios de emprego, objetivando, na sua concepção, a exclusão dos negros, uma vez que ainda há, na sociedade, quem considere que pessoas negras não possuem boa aparência. Apesar da aparente neutralidade, a regra fora utilizada para excluir do certame ou do emprego as pessoas negras, configurando, portanto, hipótese de discriminação direta.

---

<sup>88</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191-216. Sob o aspecto sociológico, no Brasil, Roberto DaMatta destaca que, no nosso modelo tradicional de sociedade, o elemento humano é a pessoa e não o indivíduo abstraído de suas particularidades, a segmentação é a norma. Uma sociedade pessoalizada fundamenta-se nas relações pessoais, revelando um modelo de hierarquização entre seus diversos componentes humanos e estabelecendo diferentes privilégios de acordo com os papéis sociais exercidos. Há, pois, diferentes grupos sociais que se sujeitam a regimes distintos, de maneira que o papel exercido por cada indivíduo influencia sua relação com os demais e pode gerar ou negar-lhe prerrogativas. Em contraposição, o modelo social que advém do liberalismo revolucionário, ao pretender romper com o sistema hierarquizado de sociedade, fundamenta-se em uma concepção de indivíduo baseada na ideia de um “eu individual”. O indivíduo é percebido, nesse caso, como uma abstração extrema, um ser desencarnado, cujos laços sociais são desconsiderados e cujas características são suprimidas. Não se trata mais, portanto, de um elemento humano que é parte de um todo, mas sim de um todo em si mesmo, dentro do qual se desenvolvem as diversas emoções e aspirações. O ideal de igualdade, sob esta perspectiva, repousa precisamente na estrutura social organizada a partir da concepção de que os indivíduos não mais devem ser considerados de acordo com o papel que exercem na sociedade, mas sim em sua condição de cidadãos, de sujeitos abstratos, despidos de suas particularidades e diferenças. Dessa forma, no sistema pessoal, a lei seria aplicada, de modo a favorecer determinadas posições privilegiadas, enquanto, no modelo individual, haveria a igualdade universalizante perante a lei, aplicando-a indistintamente para todos os cidadãos. Cf. DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

<sup>89</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 96.

Nos três casos, pode-se verificar que há a utilização, expressa ou implicitamente, de critério vedado ou suspeito<sup>90</sup> para perpetuar a discriminação. A identificação desses três tipos de manifestação da discriminação direta justifica a posição que adotei no sentido de que a negativa de adaptação razoável configura discriminação direta. A própria leitura do artigo 2º da CDPD, quando define o que é “discriminação por motivo de deficiência”, permite extrair uma inclinação pela discriminação direta. É que, se a própria lógica da acomodação é corrigir a discriminação indireta, não faria sentido que a recusa explícita de adaptação a quem do ônus indevido continue sendo uma discriminação indireta. No caso, como se verá a seguir, não há mais uma norma ou prática geral e neutra que incide de forma discriminatória sobre determinada pessoa ou grupo, mas o conhecimento de uma situação discriminatória que recai diretamente sobre aquele indivíduo que teria o direito à adaptação e a recusa expressa em fazê-lo.

Nessa situação, há a vontade explícita de discriminar (*discriminação direta explícita*), correspondente à recusa injustificada na realização de uma acomodação devida – apesar do já conhecimento da situação discriminatória. Outra situação na qual pode haver uma discriminação direta no caso da denegação de adaptação razoável é quando a lei impõe que seja realizada determinada acomodação, que é negada pelo destinatário da norma<sup>91</sup>. É o caso, por exemplo, de uma lei que impõe ao empregador a proteção de necessidades particulares de grupos específicos de trabalhadores. A violação desse dever também levará a uma discriminação direta. Em ambos os casos, há uma conduta, um ato ou uma norma específicos perpetrados pelo devedor da adaptação, que, apesar de consciente de sua obrigação, se recusa deliberadamente a implementá-la. A especificidade da conduta aliada ao elemento doloso para a denegação de acomodação torna insubsistente a sua classificação como discriminação indireta. Nesse segundo momento, não há uma conduta, um ato ou uma norma geral, abstrata e aparentemente neutra cujos efeitos incidem de forma desproporcional sobre um indivíduo ou um grupo. Também não há um fundamento constitucional para a manutenção do ato que denega

---

<sup>90</sup> Sobre as classificações suspeitas (*suspect classification*), é clássica a obra de ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 195-228. A partir da famosa nota de rodapé nº 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), o autor desenvolveu a ideia de que a lei não poderia eleger determinados critérios de classificação considerados contrários à igualdade, tais como o sexo, a raça, a religião e outros capazes de levar a discriminações odiosas (*invidious discrimination*).

<sup>91</sup> Cf. WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation: time to extend the duty to accommodate beyond disability? *NTM|NJCM-Bulletin*, v. 36, n. 2, p. 194-195, mai. 2011.



a adaptação, ao contrário do que ocorre na discriminação indireta, em que somente determinados efeitos desproporcionais serão ilegítimos.

Até aqui, defini o conceito de discriminação direta, o que possibilitou a visualização de dois cenários. O primeiro diz respeito ao tipo de discriminação correspondente à recusa de adaptação. Pelo que foi demonstrado linhas acima, aquele que possui o dever de adaptar e se recusa a fazê-lo incorre em uma discriminação direta (*explícita*).

Feita essa observação, o segundo cenário trata dos casos no qual a discriminação direta ocorre e os mecanismos de combate: são situações nas quais o agente, explícita ou implicitamente, viola a igualdade mediante a utilização de critérios suspeitos ou vedados pela Constituição. Na discriminação direta, em geral, não será necessário, para a sua eliminação e consequente conformação com o princípio da igualdade, a realização de acomodação razoável, salvo, obviamente, as discriminações que decorram da denegação da adaptação. No primeiro caso (*discriminação direta explícita*), a simples revogação da lei ou da medida já bastará para promover a isonomia, como se observa do exemplo citado acima da regra das Forças Armadas que proíbem a ascensão de homens ao generalato. Ao revogar tal disposição, todos os homens poderão ser promovidos a general em igualdade de condições.

No segundo caso (*discriminação direta na aplicação do direito ou discriminação de facto*), basta que a lei ou a medida seja aplicada igualmente para todos (igualdade perante a lei). No precedente *Yick Wo v. Hopkins*, a Administração Municipal deveria, portanto, conferir o consentimento administrativo para todas as lavanderias de madeira, para nenhuma, ou mesmo criar algum critério objetivo não discriminatório para a concessão da licença (como, por exemplo, apenas conceder a licença para aquelas lavanderias que utilizassem produtos ecologicamente sustentáveis). Também aqui não há que se falar em adaptação razoável.

No terceiro caso (*discriminação na concepção*), por fim, seria suficiente a retirada da lei ou da medida que provoca a discriminação. A retirada da referência à “boa aparência” em anúncios de emprego seria suficiente para enfrentar a discriminação direta<sup>92</sup>, não sendo necessária uma acomodação.

---

<sup>92</sup> Isso não significa, obviamente, que a retirada dessas normas e medidas discriminatórias será suficiente para acabar com toda e qualquer discriminação, como, por exemplo, a indireta ou mesmo aquela que é mantida no interior da consciência do agente. É certo que a retirada da expressão “boa aparência” não tem o poder de despir o empregador de seus preconceitos. Assim, é provável que ele continue a selecionar apenas pessoas brancas para trabalhar com ele. Essa seria uma discriminação velada, e não um critério expresso de seleção de emprego. Entretanto, o meu ponto, para fins do presente trabalho, é apenas demonstrar que a adaptação razoável não é o mecanismo exigido para a correção ou eliminação das discriminações diretas, tal como ocorre nesse caso com a chamada discriminação na concepção.

Dito isso, passarei a analisar abaixo o conceito de discriminação indireta e sua relação com a acomodação razoável. O objetivo deste trabalho não é tratar das divergências existentes no conceito de discriminação indireta, visto que tal abordagem excede os propósitos deste trabalho<sup>93</sup>. Contudo, se ela é aquela que justifica a realização de adaptação razoável, é essencial delimitar, antes de avançar no presente estudo, um conceito aplicável e as medidas para corrigi-la, bem como delimitar as situações que são merecedoras de acomodação.

### 1.3.3.2 Discriminação indireta, antidiscriminação e adaptação razoável

Diversos autores vêm afirmando que a discriminação direta vem sendo um recurso pouco utilizado, praticamente em desuso, nos últimos anos. Há 70 anos, Francisco Campos, no já citado artigo “Igualdade de todos perante a lei”<sup>94</sup>, originalmente publicado em 1947, defendeu que a igualdade perante a lei, que vedaria o que foi definido acima como discriminação direta, só seria aplicável às relações econômicas<sup>95</sup>. Segundo ele, nos outros domínios, se teria perdido o interesse que constituiu a principal razão de ser da igualdade e que determinou o seu enunciado nas primeiras Constituições democráticas<sup>96</sup>. Assim, para ele, não existiria – ou, se existisse, ele seria remoto –, já naquela época, o perigo de que se viesse a restabelecer uma ordem social fundada sobre discriminação de classes sociais<sup>97</sup>.

Atualmente, ainda no cenário brasileiro, Rios afirmou que, “na maior parte dos casos, as medidas, decisões e práticas discriminatórias não se revelam explicitamente”<sup>98</sup>. Na mesma linha, Sarmiento, ao tratar da discriminação contra os negros, afirmou que “[n]o Brasil de hoje, dificilmente se conseguirá flagrar normas jurídicas explicitamente anti-igualitárias em relação aos afrodescendentes”<sup>99</sup>. Para ele, mesmo não tendo existido um regime legal de segregação racial, como nos Estados Unidos e na África do Sul, e, havendo historicamente uma rejeição cultural ao reconhecimento do racismo explícito na sociedade brasileira, é “rara a possibilidade de subsistência de normas e políticas públicas ou mesmo privadas ostensivamente discriminatórias contra os negros”<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> Sobre essa discussão, cf. CORBO, Wallace. Op. cit.

<sup>94</sup> CAMPOS, Francisco. Op. cit.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> Ibidem.

<sup>98</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 117.

<sup>99</sup> SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro... Op. cit., p. 147.

<sup>100</sup> Ibidem.

Na mesma linha, nos Estados Unidos, Reva Siegel afirmou que, com a atuação legislativa e das cortes no sentido de eliminar legislações e medidas frontalmente discriminatórias, a discriminação teria se adaptado às teorias vigentes, operando por meio de efeitos transversos, diante da dificuldade de se veicular a discriminação direta<sup>101</sup>.

É nesse cenário que emerge o conceito de discriminação indireta. Como observa Rios, a discriminação indireta ocorre quando a discriminação:

é fruto de medidas, decisões e práticas aparentemente neutras, desprovidas de maior justificação, cujos resultados, no entanto, têm impacto diferenciado perante diversos indivíduos ou grupos, gerando e fomentando preconceitos e estereótipos inadmissíveis do ponto de vista constitucional<sup>102</sup>.

Sarmiento, de forma parecida com Rios, associa a discriminação indireta à teoria do impacto desproporcional, que poderia ser utilizada para “impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas”<sup>103</sup>. Também com base na teoria do impacto desproporcional, Gomes sustenta:

[T]oda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental [*sic*], de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência [*sic*] de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas<sup>104</sup>.

Como se observa das definições expostas acima, há um fio condutor em cada um desses conceitos de discriminação indireta, que se reconduzem ao clássico julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos *Griggs v. Duke Power Co*<sup>105</sup>, em 1970, em que foi desenvolvida a doutrina da discriminação por impacto adverso ou desproporcional (*disparate impact*). Nele, a Corte afirmou que “as práticas, procedimentos ou testes, facialmente neutros, e mesmo intencionalmente neutros, não poderiam ser mantidos se esses operassem para ‘congelar’ o

<sup>101</sup> SIEGEL, Reva B. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, n. 49, p. 1111-1148, 1997.

<sup>102</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 117.

<sup>103</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 148-149. Obviamente, sua proposição se aplica a qualquer critério discriminatório constitucionalmente proscrito, como sexo, religião, orientação sexual, ou qualquer outro grupo vulnerável. Tal extensão encontra-se descrita logo em seguida quando o autor afirma que, na discriminação indireta, “tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável”. Destaque-se que, como bem afirma o autor, a discriminação de fato se diferencia da discriminação indireta, porque, na primeira, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade, enquanto, na segunda, a aplicação da medida certamente desfavorecerá um grupo vulnerável.

<sup>104</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

<sup>105</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Griggs v. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971).

*status quo* de práticas empregatícias discriminatórias do passado”<sup>106</sup>. Uma definição de discriminação indireta pode ser vista no caso *Teamsters v. United States*:

Pleitos de *disparate treatment* [discriminação direta] podem ser distintos de pleitos que enfatizam *disparate impact* [discriminação indireta]. O último envolve práticas empregatícias que são facilmente neutras no tratamento dos diferentes grupos, mas que de fato incidem mais duramente sobre um grupo que outro e não podem ser justificadas pela necessidade do negócio. [...] Comprovação de motivação discriminatória, nós temos decidido, não é requerida sob a teoria do *disparate impact* [discriminação indireta]<sup>107</sup>.

No Canadá, o *leading case* na aplicação do conceito de discriminação indireta, que a Suprema Corte chamou de discriminação por efeito adverso, foi também a decisão paradigma de aplicação da adaptação razoável<sup>108</sup>. No caso *O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*<sup>388</sup><sup>109</sup> Theresa O'Malley era vendedora na empresa *Simpsons Sears*, que exigia de seus empregados que trabalhassem aos sábados, devido à intensa demanda no período. Contudo, a vendedora passara a professar nova religião, convertendo-se em adventista do sétimo dia. Como já explorado acima, os adventistas devem realizar guarda sabática do pôr do sol da sexta até o pôr do sol de sábado. Para cumprir a exigência de trabalho aos sábados, a vendedora teria, em alguma medida, a sua liberdade religiosa violada. A Corte reverteu o julgamento das instâncias inferiores, que afirmaram não ser caso de discriminação, já que a exigência de trabalho no sábado não revelaria intenção discriminatória do empregador. Importando, para a solução do caso, a doutrina do impacto desproporcional dos Estados Unidos, a Suprema Corte Canadense afirmou que:

Em um caso de discriminação por efeitos adversos, o empregador tem o dever de adotar medidas razoáveis para acomodar, limitado ao ônus excessivo sobre a operação do negócio do empregador (...). Se as medidas razoáveis não atingirem totalmente a finalidade desejada, o autor [da ação], na ausência de medidas para a acomodação de sua própria parte, deve sacrificar ou seus princípios religiosos, ou seu emprego<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Tradução livre do original: “Claims of disparate treatment may be distinguished from claims that stress “disparate impact.” The latter involve employment practices that are facially neutral in their treatment of different groups, but that, in fact, fall more harshly on one group than another, and cannot be justified by business necessity. [...]. Proof of discriminatory motive, we have held, is not required under a disparate impact theory.”. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977).

<sup>108</sup> O *Ontario Human Rights Code* foi modificado em 1986 para prever explicitamente o dever de acomodação razoável, demonstrando a importante influência do julgado sobre a produção legislativa.

<sup>109</sup> *Ontario Human Rights Commission v Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>110</sup> Tradução livre do original “In a case of adverse effect discrimination, the employer has a duty to take reasonable steps to accommodate short of undue hardship in the operation of the employer's business. There is no question of justification because the rule, if rationally connected to the employment, needs none. If such reasonable steps do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part,

Deve-se ressaltar, entretanto, que, recentemente, no paradigmático caso *Meiorin*<sup>111</sup>, apesar de reconhecer a importância da análise dual da discriminação, a Suprema Corte do Canadá reviu seu posicionamento, sustentando que a distinção entre discriminação direta e indireta deveria ser substituída por uma análise unificada<sup>112</sup>. Segundo a Corte, haveria uma grande dificuldade em traçar a distinção entre parâmetros claramente discriminatórios e *standards* neutros com efeitos discriminatórios. Além disso, a corte afirmou a dificuldade na adoção de remédios, tendo em vista a maleabilidade e a permeabilidade entre os dois conceitos; a dificuldade de se analisar a própria legitimidade da neutralidade do ato, que, por vezes, parte de preconceitos e premissas substantivas arraigadas no *status quo*; e que a divisão comprometeria a consecução do objetivo do *Humans Right Code*.

No direito europeu, é comum a utilização do vocábulo *indirect discrimination* para designar a discriminação indireta. Como aponta Suk<sup>113</sup>, a doutrina do impacto desproporcional (*disparate impact*) migrou para as Cortes inglesas, para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e para Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), figurando no continente, pela primeira vez, no *Sex Discrimination Act* da Grã-Bretanha, influenciado pelo caso *Griggs*. O TJUE aplicou, ainda na década de 70, o conceito de discriminação indireta contra grupos vulneráveis, em questão concernente à nacionalidade. Com base no princípio da igualdade de tratamento em relação à previdência social, o TJUE assentou que ele impede tanto a discriminação que utiliza expressamente o critério de nacionalidade, quanto aquela que produz o mesmo efeito sem utilizar tal critério<sup>114</sup>. Nesse sentido, na doutrina, trabalhando a discriminação indireta e o dever de adaptação razoável, Bribosia, Ringelheim e Rorive defendem que, baseada na ideia de igualdade substantiva, a discriminação indireta é o reconhecimento de uma medida facialmente neutra, ou seja, que não distingue formalmente com base em critérios proibidos, mas que pode ser discriminatória em seus efeitos, isto é, quando promove discriminação de fato contra um grupo protegido de pessoas<sup>115</sup>.

---

must sacrifice either his religious principles or his employment". Cf. *Ontario Human Rights Commission v Simpsons-Sears Ltd*, [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>111</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

<sup>112</sup> Nesse caso, a Suprema Corte também entendeu que a acomodação razoável se aplicaria aos casos de discriminação direta. Cf. BOSSET, Pierre. Op. cit., p. 5.

<sup>113</sup> SUK, Julie. *Disparate impact abroad*. **Cardozo Legal Studies Research Paper**, Nova Iorque, n. 425, p. 1-20, mar. 2014.

<sup>114</sup> *Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v Diamante Palermo, née Toia*, Caso 237/78 [1979] Colect. 2645, 12 jul. 1979.

<sup>115</sup> BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit., p. 138.

Em relação ao Brasil, não há razão para não reconhecer a vedação à discriminação indireta<sup>116</sup>. Em primeiro lugar, a CIEDR e a CEDM não se limitam a vedar a discriminação direta. A CIEDR veda a discriminação “que tenha *por fim* ou *efeito* anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”. Na mesma seara, a CEDM veda que a discriminação “tenha *por objeto* ou *resultado* prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher [...] dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Assim, resta claro que ambos os instrumentos internacionais vedam não só a discriminação direta intencional – medidas ou práticas que tenham “*por fim*” ou “*por objeto*” discriminar –, mas também a discriminação indireta – medidas ou práticas que tenham *por efeito* ou *por resultado* o prejuízo, a anulação ou o comprometimento do reconhecimento, do exercício ou do gozo de iguais direitos e liberdades fundamentais.

Em segundo lugar, a Constituição consagra expressamente o princípio da igualdade, sem realizar qualquer parâmetro restritivo que impeça o reconhecimento da discriminação indireta<sup>117</sup>. Muito pelo contrário, o Constituinte estatuiu diversas normas antidiscriminatórias, incluindo, até mesmo, a necessidade de criação de ações afirmativas para pessoas com deficiência. São exemplos, o artigo 3º, inciso IV, que prevê, dentre os objetivos fundamentais da República, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; o artigo 5º, inciso XLI, que prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; o artigo 7º, inciso XXXI, que trata da “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; o artigo 227, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”; o artigo 227, § 1º, inciso II, que prevê a criação, pelo Estado, de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, “mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso

---

<sup>116</sup> Nesse sentido, cf. SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro... Op. cit., p. 151-153; RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 130-132; CORBO, Wallace. Op. cit., p. 176-182.

<sup>117</sup> Cf. RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 130.

aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”; o artigo 227, § 6º, que veda a discriminação entre os filhos; a previsão constitucional de ações afirmativas para pessoas com deficiência, descrita no artigo 37, inciso VIII: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Além disso, no julgamento da ADI 1946/DF<sup>118</sup>, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do limite de benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, sobre o salário-maternidade. A aplicação do teto transferiria ao empregador da gestante a responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o salário e o referido teto. O tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição para impedir a incidência da norma sobre a hipótese do salário-maternidade das mulheres, visto que ela teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Com base no artigo 5º, inciso I c/c artigo 60, § 4º, inciso IV, ambos da CF, entendeu-se que a igualdade entre homens e mulheres impediria que o limite dos benefícios fosse aplicado ao salário-maternidade. Embora não tenha havido qualquer desenvolvimento sobre a discriminação indireta no acórdão, na prática, a decisão do tribunal implica o reconhecimento da inconstitucionalidade da discriminação indireta – no caso, em relação à igualdade entre homem e mulher. Merece destaque o voto do Ministro Nelson Jobim que se referiu explicitamente à doutrina do *disparate impact* e ao caso *Griggs*, bem como à compatibilidade dessa doutrina com a compreensão do princípio da igualdade no direito brasileiro.

Também no âmbito administrativo, o STF vem se preocupando com o combate à discriminação indireta. O artigo 11 da Resolução STF nº 576/2016 prevê que a servidora gestante exonerada de cargo em comissão ou dispensada da função comissionada, em função do nascimento do seu filho, faz jus à percepção da remuneração desse cargo ou função, como se em exercício estivesse, até o término da licença, incluindo o período de sua prorrogação<sup>119</sup>.

Em terceiro lugar, merece destaque a CDPD que, em seu artigo 2º, proibiu todas as formas de discriminação, incluindo a denegação de adaptação razoável e “qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou *efeito* de

---

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF. Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. Julg. 29 abr. 1999. DJ 14 set. 2001.

<sup>119</sup> Art. 11: “A servidora gestante exonerada de cargo em comissão ou dispensada da função comissionada faz jus à percepção da remuneração desse cargo ou função, como se em exercício estivesse, até o término da licença, inclusive em sua prorrogação”.

impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício”, em igualdade de oportunidades, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Portanto o vocábulo “efeito” conjugado com a determinação de que estão excluídas “todas as formas de discriminação” afastaram qualquer dúvida quanto à incompatibilidade da discriminação indireta pelo ordenamento jurídico nacional, bem como deixou aberta a possibilidade de, pela experiência e pela hermenêutica, novas formas de discriminação serem identificadas e combatidas pelas instituições. Merece destaque o fato de a CDPD conferir substancial contribuição no debate, ao traçar balizas mais concretas ao antes conceito jurídico indeterminado “discriminação”, previsto no artigo 3º, inciso IV da CF<sup>120</sup>. É que a CDPD foi a primeira convenção incorporada ao direito brasileiro, segundo o procedimento previsto pelo art. 5º, § 3º, CF. Dessa forma, ela possui força de emenda constitucional<sup>121</sup> e, por conseguinte, integrar o bloco de constitucionalidade<sup>122-123</sup>.

<sup>120</sup> Nesse sentido também, cf. CORBO, Wallace. Op. cit., p. 179-180.

<sup>121</sup> Art. 5, § 3º, CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

<sup>122</sup> O bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas que possuem hierarquia constitucional em um ordenamento jurídico, que, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade. Sobre a criação do termo, “[o] conceito de ‘bloco de constitucionalidade’ tem sua origem no Direito Constitucional francês. O Conselho Constitucional da França, em decisão proferida em 1971, afirmou que, como o Preâmbulo da Constituição do país, editada em 1958, se refere à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, esses textos teriam também se incorporado à ordem constitucional vigente. Tal orientação foi extremamente importante para o constitucionalismo francês, pois permitiu que a jurisdição constitucional do país se estendesse à proteção de um amplo elenco de direitos fundamentais, ausentes do texto constitucional. Na sua redação atual, o preâmbulo daquela Constituição se reporta ainda à Carta do Meio Ambiente de 2003, que, dessa forma, também integra o bloco de constitucionalidade do país. A constituição francesa não é, portanto, composta apenas por seu texto, mas também por aqueles outros diplomas normativos.”. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44-45. Sobre a referida decisão, que inaugurou o conceito, cf. Decisão nº 71-44 DC, de 16 jul. 1971, Conselho Constitucional da França.

<sup>123</sup> A doutrina internacionalista costuma defender que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, por força do art. 5º, § 2º, CF, já teriam hierarquia constitucional, porque, além do elemento textual possibilitar essa interpretação, essa seria uma forma mais eficaz de proteção dos direitos humanos, colocando-os ao abrigo do legislador, prevalecendo, no conflito entre a constituição e o tratado, a norma mais favorável. Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-91; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 1, p. 3-55, 1999; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 378, ano 101, p. 89-109, mar./abr. 2005; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao artigo 5º, § 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 518-523. Não concordo com essa posição. Além de inchar a Constituição, dificultando saber quais direitos estariam em vigor e, conseqüentemente, impedindo a formação de um sentimento constitucional, em alguns casos seria muito difícil (às vezes, impossível) definir qual seria a norma mais benéfica. V. SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisboa (Org.). **Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015, p. 3-36; KUMM, Mattias. *Democratic*



De tudo o que foi dito, há informações suficientes para formular um conceito de discriminação indireta para os propósitos do presente trabalho e que seja compatível com o bloco de constitucionalidade. Assim, defino discriminação indireta como aquela *discriminação – que inclui qualquer diferenciação, restrição, exclusão, distinção ou preferência – perpetrada contra indivíduos pertencentes a grupos minoritários vulneráveis e constitucionalmente protegidos, em decorrência da aplicação de normas ou da consecução de atos ou condutas, aparentemente neutros, ou seja, que, mesmo sem utilizar qualquer critério discriminatório e/ou sem a intenção de discriminar, promove, na realidade fática, efeitos adversos negativos e a denegação de direitos, valor intrínseco e liberdades fundamentais a esses indivíduos.*

Do breve estudo acima, conclui-se que os remédios para lidar com a discriminação indireta são distintos em relação à discriminação direta. Afinal, pouco ou nenhum efeito teria a aplicação de uma norma de forma igual a todas as pessoas (igualdade formal) no caso de um adventista que tem que escolher entre o exercício de sua liberdade religiosa e a realização de uma prova no sábado pela manhã. A consequência da aplicação igual da lei, nesse caso, seria, ainda assim, discriminatória.

Daí porque alguns autores<sup>124</sup>, ao desenvolverem seu direito da antidiscriminação, incluíram, além da antidiferenciação, a perspectiva da antissubordinação. A perspectiva da antidiferenciação reprovava a utilização de critérios e tratamentos diferenciados, sejam eles prejudiciais ou benéficos, em favor de qualquer pessoa, considerados os critérios proibidos de discriminação<sup>125</sup>. Ela se preocupa com a neutralidade de medidas tomadas por indivíduos e instituições, adotando a perspectiva do agente da discriminação para buscar corrigir eventuais condutas discriminatórias<sup>126</sup>. Daí porque ela se orienta, precipuamente, para a proteção de indivíduos vítimas de discriminação intencional<sup>127</sup>.

A antidiferenciação está ligada a uma manifestação radical da igualdade formal, visando a combater privilégios incompatíveis com a igualdade de tratamento a que todos têm direito<sup>128</sup>.

---

constitutionalism encounters international law: terms of engagement. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 256-293.

<sup>124</sup> Nesse sentido, Cf. RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 36-41; FISS, Owen M. Op. cit., p. 157-164.

<sup>125</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 33. Roberto Saba chamou a antidiscriminação de princípio da não discriminação, defendendo também a necessidade de trato igual entre as pessoas. Segundo ele, é a versão individualista da igualdade. Cf. SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Op. cit.

<sup>126</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 33.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> Ibidem. Em relação à separação entre a igualdade formal e discriminação, em decorrência da aplicação da lei diferenciada em função das posições sociais que o indivíduo ocupa na sociedade, confira os já citados trabalhos de DAMATTA, Roberto. Op. cit.; VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit.; SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro... Op. cit.; SABA, Roberto. Op. cit.

Ela proíbe a criação de qualquer distinção fundada nos critérios de diferenciação proibidos<sup>129</sup>. Além disso, relaciona-se mais diretamente com vários importantes atributos da dinâmica jurídica, como universalidade, objetividade e imparcialidade; harmoniza-se mais com o individualismo e com a ideia de merecimento, que aponta que o indivíduo deve ser tratado de acordo com suas qualidades e seus méritos, rejeitando estereótipos e preconceitos; exige a aplicação simétrica do princípio da igualdade<sup>130</sup>. Assim é que o STF já declarou ser inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade e em virtude de não haver qualquer fator que justificasse a discriminação, o tratamento diferenciado conferido por uma companhia aérea entre trabalhadores franceses e brasileiros, que figuravam em posições similares dentro da empresa<sup>131</sup>. Isso ocorreu, da mesma forma, quando o STF<sup>132</sup> reconheceu a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, sob o fundamento de que ninguém poderia ser discriminado em função de sua orientação sexual.

Como se observa, a perspectiva da antidiferenciação possui um relevante papel no direito da antidiscriminação. Entretanto, ela é insuficiente para uma análise substantiva da igualdade. Em situações nas quais o *status quo* é permeado pelas desigualdades, tal como no Brasil, a antidiferenciação tem uma capacidade limitada de promover a igualdade em sua plenitude. Ela não leva em consideração, por exemplo, que pessoas que professam uma religião minoritária, como os adventistas de sétimo dia, têm limitada sua liberdade religiosa, ainda que indiretamente, quando o Estado estabelece o sábado pela manhã ou à tarde como o dia da semana no qual será realizada uma prova de concurso público. Por exercer uma religião minoritária e pelo fato de a sociedade brasileira ser regida pelo calendário cristão (com descanso semanal, feriados cristãos etc.), a realização de provas aos sábados faz com que essas minorias tenham que escolher entre participar do certame ou respeitar os dogmas de sua religião, ônus com os quais cristãos e ateus, por exemplo, não precisam arcar.

No exemplo descrito, há um déficit no gozo da liberdade (religiosa) e da igualdade por pessoas integrantes desse grupo e que queiram participar do certame. Assim, a simples não discriminação ou a antidiferenciação não é suficiente para justificar as acomodações e promover

---

<sup>129</sup> RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 33.

<sup>130</sup> Ibidem. Veja-se também a clássica obra de Fiss: FISS, Owen M. Groups and the Equal Protection Clause. In: COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas (Eds.). **Equality and preferential treatment**. Princeton: Princeton University Press, p. 96-106.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julg. 29 out. 1996. **DJ** 19 dez. 1997.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Plenário. Relator Ministro Ayres Britto. Julg. 05 mai. 2011. **DJe** 14 out. 2011.

a igualdade suficientemente: a aplicação da regra igual (realização de prova no sábado pela manhã ou à tarde) discrimina indiretamente os adventistas de sétimo dia, ao lhes impor um ônus desproporcional, que inexistente para aqueles que não professam essa religião. Por isso, eles fazem jus a medidas específicas para que possam exercer sua liberdade religiosa, em igualdade de condições com os demais. Dessa forma, verifica-se que a antidiferenciação é uma perspectiva insuficiente para lidar com a discriminação indireta.

Já a antissubordinação reprova tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação, admitindo tratamentos diferenciados, desde que com o objetivo de superar situações de discriminação<sup>133</sup>. Portanto, ela é um mecanismo útil para lidar com a discriminação indireta, na medida em que também leva em consideração tratamentos neutros que reforcem ou mantenham a subordinação de quem quer que seja, preocupando-se, dessa forma, com a perspectiva do discriminado e com os efeitos sofridos em virtude de práticas recorrentes, ainda que não intencionais<sup>134</sup>. A perspectiva da antissubordinação, portanto, admite ações afirmativas, quando necessárias ao combate de uma situação de subordinação, não sendo ilegítima quando confrontada com situação na qual se vislumbra um grupo privilegiado<sup>135</sup>.

Ela pode ser realizada também por meio de medidas específicas, justificadas pela existência de grupos subordinados, bem como o dever de acomodação razoável, exemplificado pelo citado caso do adventista de sétimo dia. A igualdade formal, nessa seara, se revela insuficiente, demandando uma visão substantiva da isonomia. Assim, para o exercício de iguais liberdades por parte desse grupo minoritário, é exigência da antissubordinação a adaptação para que o adventista de sétimo dia realize a sua prova de concurso em horário distinto dos demais, de modo que ele não se encontre em posição de uma verdadeira “escolha de Sofia”<sup>136</sup>: realizar o concurso para atingir seu objetivo profissional ou respeitar os dogmas de sua fé.

---

<sup>133</sup> Cf. RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 36. Veja-se também a abordagem semelhante à antissubordinação para enfrentar o que ele chamou de desigualdade estrutural. Cf. SABA, Roberto. Op. cit.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> A legitimidade de ações afirmativas para negros na seleção de candidatos para as universidades públicas e para concursos públicos já foi reputada constitucional pelo STF. Confira-se, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.285/RS. Plenário. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julg. 09 mai. 2012. **DJe** 18 mar. 2014 (julgado sob a sistemática da repercussão geral) e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julg. 26 abr. 2012, **DJe** em 20 out. 2014; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/DF, Plenário, Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julg. 08 jun. 2017. **DJe** 17 ago. 2017.

<sup>136</sup> A expressão origina-se do livro e do filme homônimos, em que Sofia, uma mãe polonesa, filha de pai antissemita, é presa num campo de concentração durante a Segunda Guerra e colocada em um dilema: deve forçosamente escolher um de seus dois filhos para ser morto, sendo que a recusa na escolha, resultaria na morte de ambos pelos nazistas.

A perspectiva da antissubordinação busca responder aos limites e às dificuldades decorrentes da antidiferenciação e das situações por ela não solucionada. Destaque-se que essa subordinação é aquela a que grupos sociais, cujo poder político se encontra severamente limitado<sup>137</sup>, são submetidos de forma prolongada, sofrendo opressão em forma de exploração, marginalização, falta de poder e imperialismo cultural<sup>138</sup>. Nesse grupo, portanto, ganham destaque aqueles grupos especialmente protegidos pela Constituição e pelas Convenções contra a Discriminação já trabalhadas acima. Estão, portanto, abrangidas, como já demonstrado anteriormente, as discriminações em função de sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião, capacidade, ou qualquer outra diferenciação ilegítima imposta pela sociedade, em virtude de traço imutável físico ou mesmo daqueles que estão sob o controle do indivíduo e que estão relacionados às suas escolhas morais.

Portanto, a adaptação razoável compõe um dos tipos de medida que visa a combater a discriminação sob a perspectiva da antissubordinação. Ela não é a única, porque não se deve pretender que apenas uma medida tenha o caráter transformador absoluto e possa solucionar todos os problemas de igualdade relacionados às situações de subordinação. A realidade é muito complexa para caber em apenas uma gaveta. Mas, se não pode tudo, algum poder transformador ela possui. A acomodação razoável tem um evidente potencial de auxiliar na promoção da igualdade e, por conseguinte, no enfrentamento da discriminação (indireta). O fato de ela ter um alcance, até certo ponto, limitado não diminui a sua importância.

Nesse sentido, a adaptação razoável se consubstancia em um direito que nasce da discriminação indireta<sup>139</sup>. Significa dizer que, havendo uma discriminação indireta perpetrada contra um indivíduo, nasce para ele um direito, que possui fundamento de validade direto na Constituição – podendo também ser intermediada por uma lei, prática ou medida –, para corrigir o impacto adverso que recai sobre determinada pessoa ou grupo minoritário. Além disso, a definição do artigo 2º da CDPD ajuda na investigação das situações merecedoras de acomodação. A adaptação é composta de modificações e ajustes necessários e adequados para

---

<sup>137</sup> Cf. FISS, O. M. Op. cit.

<sup>138</sup> Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* de Tutela nº T-291. 23 abr. 2009.

<sup>139</sup> Nesse sentido, ver MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 104-105: “[e]m primeiro lugar, mencionam-se os titulares do direito à adaptação razoável. Afirma-se, à partida, que existe um direito fundamental à adaptação razoável. Isso se infere não apenas dos termos da CDPD/ONU, mas também da concepção de discriminação. Ora, se não houver ônus indevido, a ausência de adaptação razoável – se ela existir – configura discriminação. Há o direito de não ser discriminado, correlato ao dever de não discriminação. Via de consequência, direito fundamental à acomodação razoável, se existente, até o limite do ônus indevido.”.

que as pessoas discriminadas possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a necessidade de modificações e ajustes reforça a caracterização de direito da adaptação razoável: há um sujeito identificável merecedor de acomodação e outro sujeito devedor dessa acomodação.

Em segundo lugar, a acomodação não é uma política pública estrutural, tal como são, por exemplo, as ações afirmativas<sup>140</sup>. Por isso, ela possui um alcance limitado de mudança estrutural na sociedade. Até porque, como o próprio nome sugere, trata-se de uma adaptação ou acomodação. Tal potencial limitado da adaptação é objeto de diversas críticas. Day e Brodsky<sup>141</sup> sustentam que a adaptação razoável não atinge a estrutura social desigual, assumindo uma postura assimilacionista que “acomoda” os diferentes sem alterar a realidade de perpetuação das diversas formas de opressão e dominação<sup>142</sup>.

É bem verdade que a acomodação não vai ao coração da igualdade. No caso do adventista, ele terá que se dirigir até o local de prova e esperar até o fim do horário de guarda, não atendendo completamente os dogmas de sua religião, que impõem a guarda até o pôr do sol do sábado. Contudo, aguardar, no local de prova, em sala reservada, o fim do período de guarda para a sua realização em horário distinto permite a acomodação entre a liberdade religiosa - pois ele não realizará a prova no horário proscrito - e o interesse da Administração Pública e dos demais candidatos, no sentido da garantia da imparcialidade do concurso e na igualdade com os demais candidatos. A inexistência de acomodação implicaria uma maior violação à igualdade e um assimilacionismo indesejável em relação a pessoas que não possuem

---

<sup>140</sup> O caráter e o alcance da transformação estrutural das ações afirmativas podem ser extraídas de sua definição: “[...] conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens como educação e emprego” (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-41). Ver também a definição de Rios: “[...] uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual.” RIOS, Roger Raupp. Op. cit., p. 158.

<sup>141</sup> Cf. DAY, Shelagh; BRODSKY, Gwen. The Duty to accommodate: who will benefit? **Canadian Bar Review**, 75, p. 433 e ss., 1996.

<sup>142</sup> Em sentido contrário, demonstrando que a acomodação é uma tentativa de mitigar o assimilacionismo e permitir que um grupo minoritário continue sendo do jeito que é, e não se tornar algo que a sociedade hegemônica deseja que ela seja, confira-se: KWON, Jun Taek. **Accommodation, assimilation, and regime legitimacy: the ccp policies toward its minorities since 1949.** Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade da Geórgia, Athens, 2011, p. 30-39. Disponível em: <[https://getd.libs.uga.edu/pdfs/kwon\\_jun\\_t\\_201112\\_phd.pdf](https://getd.libs.uga.edu/pdfs/kwon_jun_t_201112_phd.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

religiões, culturas ou aspectos físicos, morais e sociais compatíveis *a priori* com os ditames da cultura e dos costumes da sociedade hegemônica<sup>143</sup>.

A adaptação razoável pode descortinar o manto que torna invisíveis determinadas minorias. Além disso, como será demonstrado no Capítulo III, ela é um direito e, como tal, entre em rota de colisão com outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tutelados<sup>144</sup>. Como decorrência do princípio da igualdade, admite também sua restrição de forma proporcional e razoável.

Em terceiro lugar, por não ser sempre possível a acomodação, ela é uma alternativa segundo-melhor (*second best*)<sup>145</sup>: de fato, o grupo vulnerável permanecerá em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. Entretanto, nem todos os interesses devem ser adaptados. Nas sociedades plurais, as perdas são inevitáveis<sup>146</sup>. É o que acontece, por exemplo, com aqueles que professam doutrinas desarrazoadas<sup>147</sup>: nem todos os interesses farão jus à acomodação.

A impossibilidade da adoção de algumas medidas transformativas decorre tanto da sua indesejabilidade, quanto da sua impossibilidade no mundo dos fatos. Diversos autores vêm defendendo que não há um direito à acomodação ao que Will Kymlicka chamou de restrições internas<sup>148-149</sup>, ou seja, não há direito à adaptação para a proteção da liberdade religiosa que envolva a adoção de medidas que promovam opressões desarrazoadas de gênero e de sexo, como o direito dos pais de realizarem clitorectomia em suas filhas<sup>150</sup>.

Em relação à impossibilidade fática, não se pode conceber que um policial militar, que ingressou no serviço público por vontade própria, mediante realização de concurso público,

<sup>143</sup> Sustentando também a capacidade da acomodação de impedir o assimilacionismo, em decorrência da abertura da sociedade a outras práticas culturais, cf. KWON, Jun Taek. Op. cit., p. 30-39.

<sup>144</sup> Cf. BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit., p. 150.

<sup>145</sup> Esse ponto é bem apontado por CORBO, Wallace. Op. cit., p. 251. A subsidiariedade da adaptação razoável será mais bem demonstrada no Capítulo III.

<sup>146</sup> Ibidem.

<sup>147</sup> Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 70-78. A razoabilidade e as doutrinas abrangentes serão analisadas no Capítulo III.

<sup>148</sup> Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

<sup>149</sup> Para uma proposta para lidar com as restrições internas com base no diálogo intercultural, cf. SHACHAR, Ayelet. **Multicultural jurisdictions**. cultural differences and womens's rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; ver também: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 290.

<sup>150</sup> Cf. BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit., p. 150; BOUCHARD, Gérard; TAYLOR, Charles. **A time for reconciliation, consultation commission on accommodation practices related to cultural differences**. Governo do Quebec, 2008, p. 55-56. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/buildingthefutureGerardBouchardycharlestaylor.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017. Em relação a esse ponto no contexto do Direito europeu e do Reino Unido, ver: MCCOLGAN, Aileen. Class wars? Religion and (in)equality in the workplace. **Industrial Law Journal**, v. 38, n. 1, p. 1, 2009.

tenha direito à acomodação consistente na dispensa de suas obrigações, sob alegação de que sua religião vedaria o porte e a utilização de arma de fogo.

Relembre-se também que a adaptação razoável não é o único mecanismo de combate à discriminação, na vertente da subordinação. As ações afirmativas são outro exemplo de medida de antissubordinação que, como já afirmado, possuem maior profundidade estrutural. As medidas antidiscriminatórias de promoção da igualdade, em geral, são compatíveis entre si, como é o caso das ações afirmativas e das adaptações razoáveis, por exemplo, podendo ser, até mesmo, complementares. A Lei nº 8.213/1991<sup>151</sup> prevê, em seu artigo 93, a seguinte ação afirmativa: a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas. Portanto, ela não é incompatível com a imposição ao empregador de ajustes e modificações necessárias para que as pessoas com deficiência possam usufruir do espaço com igual liberdade das demais, como, por exemplo, na obrigação de se implementar uma rampa nas escadas ou de se construir uma cabine com vaso sanitário e pias adaptadas no banheiro do estabelecimento. Na verdade, elas são complementares entre si, na medida em que, ao impor a contratação de pessoas com deficiência, haverá a necessidade de adaptação do ambiente, já que certamente pessoas com deficiência terão que utilizar as dependências da empresa.

---

<sup>151</sup> Art. 93. “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante. ....	5%.

V - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)”.

Por fim, deve-se destacar que a adaptação razoável possui algum potencial transformativo. Ela garante que, em alguma medida, indivíduos excluídos possam disfrutar de iguais liberdades e direitos fundamentais em relação às demais pessoas. Reconhece, também, o valor intrínseco e moral do indivíduo, ao considerá-lo como merecedor de adaptações para a persecução de seu plano de vida e para o seu autorrespeito e sua autoestima. Age, ainda, de maneira eficaz, na correção de situações de discriminações indiretas, promovendo a igualdade de membros de grupos excluídos e que seriam assimilados pela cultura hegemônica, garantindo-lhes uma análise de sua situação desigual à luz da igualdade substantiva.

Tendo em conta o conceito delineado acima de discriminação indireta<sup>152</sup>, tem-se que a definição parcial de adaptação razoável, até o momento aqui proposta, deve garantir os elementos identificados, ao longo deste capítulo, como o conteúdo da igualdade substantiva que a acomodação visa a atingir e que servem como seu pressuposto teórico: as iguais liberdades e o valor intrínseco e moral guiam e fundamentam os ajustes a serem realizados para anular ou para mitigar, na medida ótima e nos limites do possível e do razoável, a aplicação de normas ou a consecução de atos ou condutas, aparentemente neutros – isto é, que não utilizam nenhum critério discriminatório e/ou sem a intenção de discriminar –, que venham a impactar negativamente, de forma desproporcional e adversa, a realidade de membros de grupos vulneráveis protegidos pelo ordenamento, especialmente pela Constituição. A acomodação visa a promover medidas e os ajustes necessários ao rompimento dessas barreiras adversas para garantir o gozo e o exercício de direitos, liberdades fundamentais e do valor intrínseco da pessoa.

Além disso, ela permite a convivência com o diferente, com pessoas normalmente excluídas da sociedade hegemônica, promovendo relações intersubjetivas. A longo prazo, essas relações e a inclusão de grupos antes excluídos podem gerar uma sociedade mais tolerante, com maior respeito entre os indivíduos. Esse contato com o outro favorece também um novo olhar sobre o mundo, permitindo um processo democrático-deliberativo mais inclusivo e influenciado por minorias antes excluídas do processo político e do debate público. A análise das relações de reconhecimento intersubjetivo provocadas pela acomodação razoável será feita no Capítulo

---

<sup>152</sup> A definição é a seguinte: “discriminação – que inclui qualquer diferenciação, restrição, exclusão, distinção ou preferência - perpetrada contra indivíduos pertencentes a grupos minoritários vulneráveis e constitucionalmente protegidos, em decorrência da aplicação de normas ou da consecução de atos ou condutas, aparentemente neutros, ou seja, que, mesmo sem utilizar qualquer critério discriminatório e/ou sem a intenção de discriminar, promove, na realidade fática, efeitos adversos negativos e a denegação de direitos, valor intrínseco e liberdades fundamentais a esses indivíduos.”.



seguinte. No próximo item, dedico-me ao segundo ponto: a relação entre a adaptação razoável e a democracia.

#### **1.4 Adaptação como pressuposto para a igualdade de condições no debate público.**

##### **1.4.1 Qual é o papel da adaptação razoável na política?**

###### **1.4.1.1 O procedimentalismo de Habermas**

Não é novidade que a noção contemporânea de democracia envolve muito mais do que o princípio majoritário. Um governo democrático não é aquele que adota unicamente um critério de vontade ilimitada de 50% mais 1. Essa é apenas uma fórmula utilizada para que se possa, de forma pragmática, viabilizar o governo e as escolhas no processo político ordinário. Contudo, como bem destaca Ronald Dworkin<sup>153</sup>, a democracia vai muito além da premissa majoritária. Ela abarca também valores substantivos que são essenciais para que a tomada de decisão da maioria possa reivindicar para si um privilégio moral automático diante de outros procedimentos de decisão coletiva: as condições democráticas são, segundo ele, as condições de participação moral numa determinada comunidade política. Assim, o autor enumera as seguintes condições para a participação moral – e, portanto, de liberdade positiva – em uma democracia<sup>154</sup>: (i) uma comunidade política deve proporcionar a participação de todos em qualquer decisão política; (ii) o processo político deve expressar alguma concepção de igualdade de consideração para com os interesses da comunidade, de modo que haja uma reciprocidade entre os membros; (iii) os cidadãos devem ter independência moral, no sentido de que os membros de uma comunidade política podem encarar uns aos outros como sócios em um empreendimento coletivo.

Portanto, para além do aspecto formal da democracia, insculpido tradicionalmente no princípio majoritário, a democracia exige um aspecto substantivo, que assegura a ela um caráter qualitativo, além do quantitativo. Dessa forma, a democracia deve incluir, qualitativamente, minorias no processo decisório, dar voz a todos aqueles que desejam participar do processo

---

<sup>153</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-59.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 37-39.

democrático, tratando-os com igual respeito e consideração. Todos têm o mesmo valor nesse processo. E esses valores qualitativos nem sempre são assegurados pela premissa majoritária.

Note-se que o conceito de democracia substantiva formulado acima, a partir das proposições de Dworkin – tradicionalmente conhecido por ser filiado ao substancialismo –, possui muitas preocupações com o aspecto procedimental da democracia, como garantir a liberdade de expressão, a participação efetiva e qualitativa, com igual consideração, dos membros da sociedade no debate democrático. Nesse sentido, a democracia substantiva de Dworkin engloba uma série de requisitos que são normalmente identificadas nas teorias procedimentalistas. Os autores que se filiam a essa corrente são conhecidos por enxergar o papel da Constituição na sociedade e o espaço adequado da jurisdição constitucional de modo diferente dos substancialistas.

Os adeptos da teoria procedimentalista sustentam que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática, o que incluiria, naturalmente, a defesa de determinados direitos, que são tidos como pressupostos para o funcionamento da democracia<sup>155</sup>. Portanto, tendo como ponto central o princípio democrático, o procedimentalismo defende que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político etc. não devem estar contidas na Constituição, cabendo ao povo deliberar, a cada momento, sobre eles<sup>156</sup>. Essa corrente defende que a jurisdição constitucional deve ser mais autocontida, a menos que o que esteja em jogo seja a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia<sup>157</sup>.

Nesse sentido, um dos mais conhecidos filósofos que tratou do procedimentalismo no Direito e cuja obra pode servir instrumentalmente para a análise da relação entre acomodação razoável, igualdade e democracia é Habermas. O autor<sup>158</sup> cunhou sua teoria a partir do princípio do discurso. Ele busca conciliar a tradição constitucional liberal inspirada em Kant, preocupada com a defesa das liberdades individuais e da autonomia privada do cidadão, com a tradição democrática de Rousseau, voltada para a defesa da soberania popular e para a autonomia pública. Ele vai, então, construir um sistema em que a autonomia pública e a autonomia privada vão se complementar e se relacionar sinergicamente, sendo concebidas como “co-originárias”.

---

<sup>155</sup> Cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>158</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. I. Tradução de: Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

A sua ideia central é a construção de uma democracia deliberativa, em que os cidadãos devem ser coautores e destinatários das leis. Desse modo, deve ser garantido a todos a participação livre e igual no debate público: é da concepção da democracia deliberativa o embate entre os argumentos de cada ponto de vista no espaço público e nos fóruns oficiais, que racionaliza e legitima o processo democrático. Os diversos participantes devem poder expor seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos com liberdade e igualdade. Para que haja essa troca de argumentos, é necessário que haja garantias do Estado de Direito. A liberdade e a igualdade são pressupostas para um diálogo verdadeiro, conferindo à deliberação legitimidade e racionalização.

Em um contexto de pluralismo, a fonte de legitimidade das normas passa a ser o processo democrático de produção normativa, que deve garantir as condições equânimes de inclusão na deliberação pública de todos os cidadãos. As normas elaboradas pelo poder público devem ser o resultado de um consenso formulado a partir da participação dos cidadãos, em igualdade de condições, no processo de discussão e elaboração dessas normas. Daí que, além de destinatários, os cidadãos devem conseguir se identificar também como coautores da norma, como corolário da autonomia pública, o que demonstra, nesse ponto, a clara inspiração rousseauiana do autor<sup>159</sup>.

Para que essa deliberação seja assegurada de forma livre e igual, Habermas enumera vários direitos fundamentais que deveriam ser conferidos aos cidadãos como pressuposto para a participação no processo democrático. São eles<sup>160</sup>:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação [...];
- (2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro da associação de parceiros do direito;
- (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual [...];
- (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de condições, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo [...];
- (5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

---

<sup>159</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de: Antonio de Pádua Danesi. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>160</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 159-160.

Como se pode observar, desses direitos mínimos, extraem-se os mais variados tipos de direitos, como direitos individuais liberais clássicos (liberdade existencial, liberdade de expressão etc.), igualdade, educação, saúde, direito à informação, entre outros. Respeitadas as condições para deliberação, pode-se atribuir qualquer conteúdo para as decisões políticas, mantendo-se abertos os resultados. Só seriam admissíveis limites à deliberação que lhes sejam iminentes, ou seja, a deliberação só poderia ser limitada para manter a sua continuidade e integridade.

Se a deliberação majoritária violar esses direitos, Habermas admite o controle jurisdicional de tais decisões, de modo a exercer o papel de “guardião da democracia”<sup>161</sup>. Habermas busca, assim, reconciliar direitos fundamentais e democracia – autonomia privada e pública. Os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida contra os abusos das maiorias eventuais<sup>162</sup>. O autor adota uma visão bem crítica da Constituição como uma “ordem de valores” e do Tribunal Constitucional como guardião desses valores. Para ele, o tribunal constitucional deveria proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia pública e privada do cidadão<sup>163</sup>.

#### 1.4.1.2 Amy Gutmann e o universalismo deliberativo

Outra teoria pertinente para a adaptação razoável é a de Amy Gutmann<sup>164</sup>. Apesar de ter trabalhado com a ideia de multiculturalismo, tema que reconduz à adaptação, mas que nele não se esgota, a filósofa traz questões interessantes sobre princípios de justiça substantiva, deliberação e razoabilidade. A autora combina o universalismo com a democracia deliberativa e busca deixar as decisões sobre justiça mais maleáveis, diante da possibilidade de minorias culturais, normalmente excluídas do processo democrático, trazerem a sua visão de mundo para o processo deliberativo, dentro de uma razoabilidade, mitigando alguns princípios categóricos de justiça universal<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 297 e ss.; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. Op. cit., p. 94.

<sup>162</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 36, p. 39-53, 1995.

<sup>163</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia...* Op. cit., p. 326.

<sup>164</sup> GUTMANN, Amy. The challenge of multiculturalism in political ethics. *Philosophy and Public Affairs*, v. 22, n. 3, p. 171-206, 1993.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 199-200.

A deliberação recomendada pelo universalismo deliberativo, em casos de conflito moral, não seria puramente especulativa, mas orientada ao processo de elaboração da decisão e deveria, pelo menos, promover resoluções provisórias para assuntos que a razão, em si, não pode resolver no momento<sup>166</sup>. O resultado da deliberação é provisório e imperfeito da perspectiva da razão, porque os resultados de uma deliberação bem-sucedida refletem considerações de conflitos entre argumentos razoáveis, crenças e perspectivas, em que nenhuma delas possui o monopólio da justificação<sup>167</sup>. Assim, a deliberação (dentro das fronteiras do que é razoável) provisoriamente resolve um conflito moral fundamental atual, mas não necessariamente de uma vez por todas<sup>168</sup>.

A filósofa aponta também que a deliberação pode aumentar o conflito moral na política algumas vezes, diante da abertura de fóruns argumentativos que se encontravam fechados anteriormente, garantindo o acesso do povo a fóruns deliberativos e admitindo todos os argumentos razoáveis na agenda política para propósitos de elaboração das decisões democráticas<sup>169</sup>. Essa abertura política a todas as perspectivas razoáveis e aos povos seria uma vantagem moral, apesar de não ser bem vista pelas partes que se encontram no poder. A deliberação encorajaria as pessoas com perspectivas conflituosas a entender os pontos de vista dos outros, a minimizar os desacordos morais e a procurar uma razão comum<sup>170</sup>. Contudo, isso levaria também à abertura política uma gama de desacordos razoáveis que são restritos pelas políticas menos deliberativas.

Por outro lado, a filósofa não descuida da importância dos princípios de justiça universais, o que implica dizer que algumas decisões substantivas não devem ser colocadas ao alcance da deliberação política<sup>171</sup>. Seu universalismo deliberativo não reconhece que deliberação, apesar de necessária para a justiça social, é suficiente. Para ela, justiça social também consiste em princípios substantivos, que são necessários para assegurar o bem-estar humano<sup>172</sup>.

Além desses princípios substantivos, existiriam condições de justiça social requeridas pela própria deliberação. A elaboração da decisão política não poderia ser deliberativa em uma sociedade na qual algumas pessoas sistematicamente compram ou manipulam os desejos dos

---

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Ibidem.

<sup>171</sup> Ibidem.

<sup>172</sup> Ibidem.

outros ou usam instituições políticas para obter seu desejo independentemente do processo deliberativo<sup>173</sup>. Para uma deliberação funcionar, de forma que efetivamente convide as pessoas para se engajar no debate argumentativo, em que posições razoáveis são bem consideradas e onde o melhor argumento de todos os lados vem a público, certas condições de fundo devem ser sustentadas<sup>174</sup>. Assim, a deliberação não só suplementaria princípios substantivos de justiça, mas também pressuporia alguns desses princípios, bem como pressupostos procedimentais.

A autora define que o universalismo deliberativo consiste, portanto, em (i) um grupo de princípios substantivos de justiça que são desarrazoados de ser rejeitar ou necessários para a deliberação; e (ii) um grupo de princípios procedimentais, que dão suporte à deliberação atual sobre conflitos morais fundamentais, conflitos que a razão não pode, até o momento, resolver e que provisoriamente justificam resultados razoáveis do processo deliberativo por meio da apropriação autorizada e com *accountability* dos responsáveis pela elaboração da decisão<sup>175</sup>.

#### 1.4.2. Adaptação razoável, democracia e procedimento

A adaptação razoável deve buscar amalgamar, em seu conteúdo, aspectos da teoria procedimental, mais especificamente de Habermas, sem esquecer alguns valores substantivos, que devem ser postos a par do processo deliberativo, como em Gutmann. Assim, a política, à luz da acomodação razoável, deve ser pensada sob dois prismas complementares: o primeiro é da igualdade de acesso. A adaptação exige que sejam retirados dos espaços públicos e dos fóruns de deliberação, sejam eles públicos ou privados, os impedimentos físicos e sociais para que as pessoas com deficiência possam participar, em igualdade de condições, da produção legislativa. Isso ocorre também em relação às minorias étnicas – como os índios – e religiosas: deve-se não só evitar que haja barreiras no acesso ao debate, como também esse acesso deve ser efetivamente possibilitado. Essa inclusão é importante do ponto de vista individual, já que se permite o exercício da cidadania por pessoas normalmente excluídas do processo político, com a plena fruição da autonomia pública.

Mas há também uma grande relevância do ponto de vista coletivo: o ambiente inclusivo, promovido pela adaptação, faz com que essas minorias convivam como iguais na sociedade, desenvolvendo uma visão do valor intrínseco e da igualdade do outro, e não um sentimento de

---

<sup>173</sup> Ibidem, p. 200.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem.

pena, de desprezo ou qualquer sentimento de diferenciação pejorativo em relação aos membros desses grupos. Ainda no aspecto coletivo, esse ambiente inclusivo permite que a elaboração das normas jurídicas seja feita de modo mais igualitário e com a troca de experiências com pessoas que podem incrementar o debate democrático e, por conseguinte, a produção normativa. Essas diferentes visões, além de enriquecer o debate, servem também para alertar para “pontos cegos” da produção legislativa, como leis que podem ensejar discriminação indireta.

Essa inclusão, portanto, possibilita o aperfeiçoamento legislativo que pode evitar sofrimentos para essas minorias, como leis e políticas públicas que as impeçam de usufruir seus direitos fundamentais de forma adequada. Dessa forma, esse grupo não ficará refém da atuação do Judiciário – que, por via de consequência, será até desafogado em relação a esses casos – e seus direitos fundamentais poderão ser gozados de forma mais otimizada, visto que não será necessário aguardar, durante anos, o término do trâmite de um processo judicial para gozar, de forma segura, um direito.

O outro prisma sob o qual a questão pode ser vista diz respeito ao fato de que um processo democrático inclusivo permite que todos possam se enxergar como coautores da produção normativa. Isso ajuda a gerar, na via oposta, uma sociedade mais justa e igualitária, na medida em que as pessoas que integram esses grupos minoritários não se enxergam como cidadãos de segunda categoria, como pessoas excluídas, mas como membros de uma sociedade plural, com poder de transformação e de influência nas decisões políticas de uma sociedade. Portanto, há uma sinergia entre a “democracia de partida” e a “democracia de chegada”.

A adaptação razoável envolve, portanto, uma questão procedimental de exigência de inclusão no processo democrático. Isso se dá, por exemplo, na realização de acomodações para que pessoas com deficiência acessem os locais de deliberação pública. Obviamente, não se pode desconsiderar o fato de que as majorias podem simplesmente ignorar os pleitos e argumentos das minorias, obstruindo o canal democrático. Nesses casos, como os próprios procedimentalistas reconhecem, o Judiciário deverá atuar para romper as barreiras dos debates democráticos em favor das minorias.

Contudo, como demonstrado acima, quando da realização da adaptação, não se pode descuidar dos princípios de justiça universais citados por Gutmann. Nesse sentido, como já mencionado acima no item 3.3.2, a adaptação razoável poderá ser restringida para garantir que não haja uma outra discriminação para os membros de um grupo que sofre suas consequências, tal como a acomodação para legitimar opressões de gênero. Nesse caso, não se pode pensar como ilegítima uma política pública que visa a coibir a prática religiosa da clitorectomia em

mulheres. Pode-se concluir, assim, que a adaptação razoável contribui inegavelmente para a democracia, tendo em vista que, ao promover igualdade e reconhecimento e, por conseguinte, a inclusão dos membros de grupos vulneráveis e normalmente excluídos do processo político, torna o procedimento de deliberação no debate público mais plural e representativo da sociedade.

## 1.5 Conclusões parciais

Neste capítulo, busquei desenvolver o conteúdo da igualdade que fundamenta a adaptação razoável, as consequências de uma acomodação, as situações que a justificam e o fim que ela busca. O conteúdo da igualdade substantiva que fundamenta a acomodação razoável é composto por dois elementos: a exigência de que as pessoas possam ter iguais liberdades e o valor intrínseco e pessoal do ser humano.

A igualdade deve agir para eliminar discriminações derivadas de condutas e comportamentos moralmente arbitrários relacionados à concessão ou à manutenção de privilégios ou qualquer outra situação social que hierarquize as pessoas. Diante disso, são vedadas as discriminações em função de sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião, capacidade, ou qualquer outra diferenciação ilegítima imposta pela sociedade, em virtude de traço imutável físico ou mesmo daqueles que estão sob o controle do indivíduo e que estão relacionados às suas escolhas morais.

A acomodação razoável encontra seu fundamento de validade no fato de que, por vezes, a igualdade formal não é suficiente, exigindo uma igualdade substantiva. Nesses casos, as diferenças de determinadas pessoas em certo contexto social exigem a aplicação de regras diferenciadas e medidas ativas para que esses indivíduos possam gozar de direitos e liberdades fundamentais na mesma medida que os demais em respeito ao pluralismo existente na sociedade. Assim, a igualdade substantiva e a decorrente vedação à discriminação arbitrária são fundamentos de validade e, ao mesmo tempo, o fim da adaptação, não podendo, portanto, provocar um resultado discriminatório ou não eliminar suficientemente essa discriminação.

Por promover a igualdade substantiva e retirar os efeitos adversos que decorrem da discriminação indireta, a adaptação razoável é uma das medidas da antissubordinação, que busca combater tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação, admitindo, com o objetivo de superar situações de discriminação, a diferenciação.



Por fim, a adaptação razoável envolve, também, uma questão procedimental de inclusão no processo democrático. Ao incluir membros de grupos vulneráveis normalmente excluídos do processo político, ela ajuda a tornar o procedimento de deliberação no debate público mais plural e representativo da sociedade

## 2 ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: UM COMBUSTÍVEL DO RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO

Não é a consciência dos homens que determina sua existência, porém, pelo contrário, é a sua existência social que lhes determina a consciência.

*Karl Marx*

### 2.1 Introdução

Demonstrei, no capítulo anterior, a relação entre igualdade e adaptação razoável, com destaque para a especial relevância desta no enfrentamento da discriminação indireta. Busquei em diversos autores da filosofia um conceito de igualdade substantiva apto a dar subsídios e direção para as acomodações a serem realizadas para combater discriminações de grupos minoritários vulneráveis. No presente capítulo, também voltarei à filosofia para analisar outra questão relacionada à adaptação razoável: a teoria do reconhecimento intersubjetivo. Tal conceito será relevante para demonstrar e justificar ajustes relacionados às iguais liberdades, ao valor intrínseco e pessoal dos indivíduos e para lidar com manifestações culturais e identitárias que não são encontradas nos grupos hegemônicos da sociedade, mas nem por isso são menos legítimas.

No caso do índio da tribo *páez* Francisco Gembuel Pechene, mencionado na introdução deste trabalho, a Corte Constitucional da Colômbia<sup>176</sup> decidiu que o procedimento jurídico estabelecido pela aldeia estaria, à luz do princípio da diversidade étnica e cultural, de acordo com o devido processo legal. Isso porque esse direito fundamental não exige que, nos procedimentos em tribos indígenas, sejam realizados os mesmos ritos do processo judicial, mas tão somente que seja garantido um procedimento justo, com contraditório e ampla defesa, sem que haja formação de tribunais de exceção criados para julgamentos específicos (os chamados tribunais *ad hoc*) e com a exigência de que as regras do julgamento sejam prévias. Assim, o procedimento previsto na tribo estaria em consonância com os parâmetros constitucionais exigidos, pois, além de regras previstas anteriormente ao julgamento, o procedimento era realizado, em sessão pública, na presença do réu, que tinha acesso a todos os testemunhos e a oportunidade de se defender amplamente de todos os relatos<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-523/97. Relator Carlos Gaviria Diaz. Julg. 15 out. 1997.

<sup>177</sup> Os julgamentos da tribo *páez* são, segundo consta na decisão, realizados em sessões públicas, com a presença de toda a comunidade. Os conflitos na tribo são resolvidos coletivamente, de modo que cada pessoa possa ajudar

Em relação às penas cominadas, a Corte entendeu que elas estavam de acordo com os princípios da diversidade étnica e cultural, razão pela qual manteve as sanções impostas. Para ela, os dois *fuetazos* não poderiam ser equiparados à pena degradante, humilhante ou tortura, porque o *fuetazo* seria, para a tribo, um castigo de natureza purificadora, e não meramente retribucionista. Além disso, para a Corte, duas leves chicotadas na panturrilha com a utilização de calça não poderiam ser equiparadas a tortura ou a tratamento cruel e degradante, justificando, portanto, a manutenção de todas as penas. Note-se que a situação dos estabelecimentos prisionais da Colômbia se assemelha ao péssimo estado dos brasileiros. A Corte Constitucional da Colômbia<sup>178</sup>, em 1998, declarou o estado de coisas inconstitucional<sup>179</sup> do sistema prisional do país. Diante do quadro de violações massivas de direitos fundamentais, os dois *fuetazos* parecem ser uma pena mais compatível com a vedação da tortura e das penas cruéis e degradantes do que a privativa de liberdade, até porque o que se busca é a purificação do índio.

As demandas de Igor, narradas na introdução, ao não serem atendidas pelo Estado, violam sua autonomia, sua dignidade, seu valor pessoal e o seu autorrespeito. Ele necessita de medidas adaptativas e políticas públicas para poder se deslocar até a faculdade e voltar para casa, para utilizar as dependências do prédio onde estuda, os banheiros, os refeitórios etc.

Da mesma forma, a estudante Charlyane, também mencionada na introdução, necessitava de medidas adaptativas, pois desejava prestar o Exame da OAB com o *hijab*, véu da religião muçulmana que deve ser utilizado pelas mulheres que seguem os mandamentos dessa religião.

Esses são alguns exemplos que ilustram a complexidade que envolve a solução de conflitos em uma sociedade pluralista, com diferentes concepções de mundo, de vida boa, e com necessidades que, muitas vezes, não estão na lista de preferência da política majoritária,

---

na reconstituição do fato a ser julgado, em uma verdadeira busca coletiva pela reprodução dos fatos. A ideia é que cada um pode ajudar a iluminar o “ponto cego” do outro, permitindo o aperfeiçoamento da busca pela verdade.

<sup>178</sup> *Sentencia* T-153. Relator Eduardo Cifuentes Muñoz. Julg. 28 abr. 1998.

<sup>179</sup> O estado de coisas inconstitucional possui três pressupostos para o seu reconhecimento: (i) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; (ii) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação; (iii) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes (são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.). Sobre o tema, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. **DJe** em 18 fev. 2016.

ou que não são sequer de conhecimento das autoridades. Isso pode ocorrer por diversos motivos, como falta de interesse político, já que integram grupos minoritários; discriminação, direta ou indireta; ou falta de voz dessas pessoas para veicularem suas pretensões e necessidades<sup>180</sup>.

Ao serem esquecidos, integrantes de grupos minoritários têm uma série de direitos violados, tanto no aspecto individual, como no coletivo. No caso dos índios, isso leva a quadros de violações da autonomia, da dignidade, da igualdade e dos direitos coletivos<sup>181</sup> de organização social, do exercício dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, CF). Leva também a violações de questões de reconhecimento, já que são enxergados pelo outro sem o mesmo respeito e consideração que os demais membros da sociedade envolvente: há uma diminuição da estima social do grupo que passa a ser marginalizado e excluído. O julgamento da Corte Constitucional da Colômbia é um ótimo exemplo de como se despir dos preconceitos e das visões de mundo da sociedade envolvente para resolver um conflito a partir de uma lógica de empatia e da visão do outro. Ao legitimar a organização da tribo *páez* na sua autodeterminação, a Corte promoveu diversos direitos e garantias individuais e coletivos. Promoveu também o reconhecimento dos integrantes da tribo, na medida em que o outro não foi visto como um *outsider*, mas como um grupo com indivíduos que merecem o mesmo respeito e consideração que o resto da sociedade.

O mesmo pode ser dito em relação às pessoas com deficiência, como no caso de Igor. A dignidade, a igualdade, a CDPD e todos os demais direitos conferidos a essas pessoas enquanto grupo trouxeram ao ordenamento jurídico uma nova forma de enxergar as pessoas com deficiência frente à sociedade. Nesse sentido, seria um reconhecimento equivocado (*misrecognition*) tratar essas pessoas com “pena”. O que se exige é que elas sejam reconhecidas nas suas diferenças, de modo que seja evitado o estigma, que se reflete nas mais diversas searas da vida social.

---

<sup>180</sup> Ilustrativo disso é que não há sequer um representante indígena na atual composição do Congresso Nacional.

<sup>181</sup> A doutrina, a partir do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), classifica os direitos coletivos em sentido amplo em direitos difusos, direitos coletivos (coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos. Os direitos difusos seriam aqueles de natureza transindividual e indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis, que compartilham a mesma situação de fato (por exemplo: direito ao meio ambiente sustentável); coletivos (ou coletivos em sentido estrito) seriam os interesses também de natureza indivisível comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos determináveis, reunidos pela mesma relação jurídica básica (membros de sindicatos, por exemplo); por fim, individuais homogêneos são aqueles que tem natureza divisível e compreendem indivíduos determináveis, reunidos por uma lesão de origem comum, não sendo, propriamente, um direito coletivo (como os consumidores que adquiriram um produto fabricado em série e colocado no mercado com o mesmo defeito). Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 29.

Em relação à Charlyane, a discriminação contra os muçulmanos pelos países ocidentais já atrapalha a formação de relações de reconhecimento intersubjetivo. Além da denegação de iguais liberdades e de dignidade, a discriminação contra os muçulmanos, refletida no caso da estudante, que teve seu *hijab* equiparado a acessório de chapelaria, produz resultados negativos na autoconsciência do indivíduo e na estima social.

O objetivo deste capítulo é demonstrar como a adaptação razoável contribui para a promoção do reconhecimento intersubjetivo. Para isso, em primeiro lugar, demonstrarei se existe um direito fundamental ao reconhecimento, a partir da análise da teoria dos filósofos contemporâneos que se debruçaram sobre o assunto. Apresentarei brevemente as teorias de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser, que servirão de marco teórico para verificar a possibilidade de um direito ao reconhecimento à luz da Constituição de 1988.

Em seguida, na segunda parte, justificarei a existência de um direito ao reconhecimento na Constituição de 1988, buscando alinhar os marcos teóricos analisados na primeira parte com as disposições constitucionais das quais se pode extrair esse direito. Ao fim desse item, delimitarei o conteúdo do direito ao reconhecimento, que será pressuposto para a etapa seguinte deste capítulo.

Por fim, na terceira parte, analisarei os riscos e possibilidades da aplicação da adaptação razoável à luz do reconhecimento. Tentarei responder a seguinte pergunta: “como a adaptação razoável promove o reconhecimento intersubjetivo?”. Para isso, analisarei a correlação existente entre acomodação, igualdade e reconhecimento.

## 2.2 As teorias contemporâneas pós-Hegel

O reconhecimento tem sua origem na filosofia de Hegel. Sua obra se inicia com um apelo a uma forte relação intersubjetiva que recorre para a necessidade de um reconhecimento. A partir de suas obras “*Maneiras científicas de tratar o direito natural*” de 1802, “*Sistema da eticidade*”, de 1802/1803, e “*Sistema da filosofia especulativa*” (ou “*Realphilosophie de Jena*”), escritas em Jena, Hegel vai, em um gradiente, de uma teoria muito forte do reconhecimento, para uma teoria da consciência, deixando, cada vez mais de lado, a sua ideia inicial de formular uma teoria do reconhecimento intersubjetivo<sup>182</sup>. Assim, em seu clássico *Fenomenologia do*

---

<sup>182</sup> Cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de: Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 27-114. Nesse mesmo sentido, Hegel, ao longo de seus escritos em Jena, teria feito uma transição da filosofia do reconhecimento para a filosofia da consciência, ver PINKARD, Terry

*Espírito*<sup>183</sup>, Hegel vai formular uma teoria da consciência, em que busca examinar as coisas por meio da mente; a partir das percepções do mundo, os diferentes encontros humanos gerariam autoconsciência.

Para formar a (auto)consciência, o ser humano demandaria o reconhecimento intersubjetivo. Não haveria, contudo, uma obrigação de uma pessoa reconhecer a outra. Caso houvesse uma obrigação, não haveria, em si, reconhecimento, o que geraria uma perda de autonomia. Para justificar seu pensamento, Hegel utiliza a metáfora do senhor e do escravo. Nela, o escravo se vê obrigado a reconhecer unicamente seu senhor sem dele poder discordar. Nesse caso, não há reconhecimento recíproco e o escravo somente reconhece seu senhor, porque sua vida depende disso. Ocorre que, ao assim agir, o escravo conseguiria sua saída de reconhecimento por meio do trabalho, enquanto o senhor não teria outra coisa senão o reconhecimento forçado do escravo: o senhor passa a depender do escravo, que aprende que, pelo trabalho, pode transformar o mundo. Aprende também que, pela experiência, a ideia do mundo fica mais sofisticada, o que se refletiria em sua consciência. A liberdade, portanto, viria por meio do autoconhecimento com o contato com as coisas, que evoluiria para um estoicismo.

Em sua obra, Hegel também mostra que a identidade da pessoa corresponde ao que os outros pensam dela. Assim, da vida ética para o sujeito, o reconhecimento social englobaria as seguintes etapas: (i) família, em que o amor seria o modo de reconhecimento entre os indivíduos; (ii) sociedade civil, sendo o direito meio responsável por esse reconhecimento; (iii) o Estado, em que o reconhecimento se daria por meio da solidariedade<sup>184</sup>. Mais tarde, os filósofos contemporâneos, como Axel Honneth, Nancy Fraser<sup>185</sup>, Charles Taylor e Jürgen Habermas vão buscar dar uma nova roupagem à teoria do reconhecimento, a partir de uma gramática emancipatória, voltada para a transformação do mundo. Assim, como bem apontam esses autores em suas teorias, as demandas do mundo contemporâneo exigem uma nova abordagem da teoria do reconhecimento. Nesse sentido, a acomodação razoável exigida para o gozo e exercício de iguais direitos e liberdade e para a realização e a promoção das

---

P. **Hegel's Phenomenology**: the sociality of reason. New York: Cambridge University Press, 1994, pp. 1-19 e 46-78; TAYLOR, Charles. Hegel. **New York**: Cambridge University Press, 1975, p. 127-170.

<sup>183</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de: Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen. 9. ed. Rio de Janeiro/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2014.

<sup>184</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit., p. 60.

<sup>185</sup> Fraser, ao contrário de Honneth e Taylor, não criou a sua teoria do reconhecimento sob uma perspectiva neo-hegeliana.

particularidades e diferenças exigidas para os membros de minorias estigmatizadas é uma das formas de produzir esse reconhecimento intersubjetivo.

A falta de reconhecimento ou o reconhecimento equivocado (*misrecognition*) violam a dignidade, ao impedirem sua inclusão na sociedade das mais diversas formas, como no acesso ao debate público e na sua representatividade política. No caso dos índios, impedem que cada aldeia indígena viva sua cultura, sua forma de organização comunitária e que cada ser humano, pertencente a uma dessas comunidades, exerça sua autonomia e tenha a sua dignidade preservada, já que, sendo-lhes negados tais direitos, deixam de ser tratados como pessoas merecedoras de igual respeito e consideração. O mesmo se pode dizer em relação às pessoas com deficiência: impossibilitar que exerçam sua autonomia, negar a elas igual respeito e consideração e excluí-las do restante da sociedade enfraquece relações de reconhecimento intersubjetivo dos integrantes dessa minoria, não só entre eles, mas também com o restante dos membros dos grupos hegemônicos da sociedade. A falta de inclusão dessas pessoas também dificulta o acesso ao debate público e a representatividade política.

Em geral, as teorias do reconhecimento da filosofia contemporânea não levam em conta, como pano de fundo, as minorias que demandam acomodações, como as comunidades tradicionais, as pessoas com deficiência e as minorias religiosas. Por isso, faz-se necessário o desenvolvimento de um conceito de adaptação razoável à luz das necessidades dessas minorias. Nesse sentido, seria um reconhecimento equivocado (*misrecognition*) tratar os grupos indígenas dividindo-os em “aculturados” e “não-aculturados”<sup>186</sup>. O mesmo ocorre em relação às pessoas com deficiência, quando elas são tratadas com “pena” pelo restante da sociedade, ou quando as adaptações nos locais públicos são entendidas como favores. O que se exige é que elas sejam reconhecidas nas suas diferenças, de modo que seja evitado o estigma, que se reflete nas mais diversas searas da vida social<sup>187</sup>.

Assim, no caso do estudante Igor (e de todos os cadeirantes do país), mais do que acesso ao transporte público, a infraestrutura urbana deve ser adaptada para que possa exercer seu

---

<sup>186</sup> O próprio tratamento utilizado para tratar de grupos indígenas, reduzindo-os a um todo homogêneo já é equivocado, já que cada comunidade possui especificidades que as tornam únicas. Além disso, elas possuem características que as tornam completamente diferentes umas das outras, razão pela qual esse tratamento seria uma forma de aculturá-los, ou, ainda, de excluí-los. Contudo, este trabalho pretende tratar dos direitos que não só cada comunidade teria, mas também qualquer população tradicional, motivo pelo qual se faz necessário o tratamento uniforme. As especificidades de cada comunidade poderiam ser avaliadas caso a caso segundo os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade da acomodação.

<sup>187</sup> FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. **The Tanner Lectures on Human Values**. Stanford University, 1996. Disponível em: <[http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2016.

direito de locomoção, sem precisar da ajuda de qualquer outra pessoa. Não basta que o poder público disponibilize um agente para carregá-lo nas escadas: uma adaptação razoável exige elevadores e rampas que possibilitem que o estudante se locomova, exercendo a autonomia em sua plenitude. Não é compatível com o conceito de autonomia que a pessoa com deficiência dependa de uma outra para que possa exercer suas faculdades e seus direitos assegurados constitucionalmente. A falta de retirada dos impedimentos ambientais, nesse caso, submete o estudante à humilhação, ao estigma, e viola sua dignidade.

Da mesma forma, no caso da estudante Charlyane, a denegação do exercício de iguais liberdades religiosas, com a impossibilidade de utilização do *hijab* para realizar a prova da OAB faz com que ela e as demais pessoas que professam determinada religião minoritária – e que, por vezes, tenham dogmas e práticas incompatíveis com as normas e os atos gerais que regem a sociedade hegemônica e que são baseados na visão de mundo da maioria – sejam subjugadas em relação às demais.

Como se observa do caso descrito, as exigências de acomodação razoável, à luz do reconhecimento, vão além da necessidade de se considerar as estruturas sociais e representativas, presentes na formulação de Fraser. Uma teoria do reconhecimento que busque dar substrato teórico ao direito à adaptação razoável deve observar também se o sofrimento dos sujeitos vulneráveis estigmatizados ou se o prejuízo à formação da sua subjetividade está sendo levado em consideração na elaboração das normas jurídicas, das políticas públicas, do ambiente e das práticas sociais.

É necessário, portanto, que não se deixe de lado traços importantes da teoria de Charles Taylor<sup>188</sup> e Axel Honneth, que, como neo-hegelianos, concebem a falta de reconhecimento como um impedimento para que o sujeito alcance uma vida boa, uma vez que não pode atingir a autorrealização<sup>189</sup>. Nesse sentido, cabe aperfeiçoar o conceito de adaptação razoável com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth – que, em seus escritos, faz diversas interlocuções

---

<sup>188</sup> Deve-se ressaltar que Taylor formula sua teoria a partir do caso do Quebec, que é uma minoria cultural no Canadá, mas não uma comunidade tradicional, cujo tratamento merece um olhar diferenciado.

<sup>189</sup> FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria política contemporânea: uma introdução**. Op. cit., p. 132: “Tradicionalmente, no vocabulário filosófico, a palavra justiça está associada ao problema do correto, que pertence ao terreno da moral, enquanto a autorrealização demanda a consideração do fim, de um modelo de vida boa que fundamenta a ética (p. ex., a teoria ética da Aristóteles). Por um lado, a *Moralität* de Kant, que propõe uma obrigação universal independentemente de valores específicos. Por outro, a *Sttlichkeit*, de Hegel, que se baseia em horizontes valorativos cultural e historicamente informados, que, portanto, não podem ser universalizados. Como bons neo-hegelianos, Taylor e Honneth concebem a falta de reconhecimento como um impedimento para que o sujeito alcance uma boa vida, uma vez que ele não pode atingir a autorrealização. Fraser propõe reinterpretar a questão do reconhecimento em termos de justiça.”.



com (e críticas à) teoria de Fraser<sup>190</sup> – e de Charles Taylor, de modo que o conceito de acomodação contemple e permeie o ideal de uma diferenciação que concilie adequadamente justiça e autorrealização<sup>191</sup>.

### 2.2.1 O reconhecimento comunitarista de Charles Taylor

Taylor concebe sua teoria do reconhecimento a partir da crítica comunitarista ao atomismo gerado pelo liberalismo<sup>192</sup>. Sua tese parte da premissa de que as pessoas são seres enraizados e que o liberalismo desprezaria a importância das tradições e dos valores compartilhados. Em que pese a importância do liberalismo clássico na formação de direitos universais com foco na igualdade, tal modelo não protegeria suficientemente as identidades das pessoas, diante do pluralismo existente nas sociedades contemporâneas. Partindo da concepção de autenticidade<sup>193</sup>, em que cada indivíduo teria seu modo de ser, o *self* seria produto de uma relação dialógica com “outros significantes”, cuja intermediária seria a linguagem<sup>194</sup>. Dessa forma, a cultura na qual estaríamos inseridos exerceria grande influência na formação da nossa identidade<sup>195</sup>, sendo necessário, portanto, igual dignidade para cada identidade e, por conseguinte, para cada cultura como valor intrínseco<sup>196</sup>.

---

<sup>190</sup> Nesse sentido, v. HONNETH, Axel. *Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser*. In: FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition: a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003.

<sup>191</sup> Não se busca, contudo, dar uma roupagem jurídica a todos os pontos dessas formulações, como será demonstrado: em primeiro lugar, porque, em alguns pontos, são indesejáveis. Em segundo, porque, em outros pontos, é impossível reduzi-las a categorias jurídicas.

<sup>192</sup> Cf. TAYLOR, Charles. *Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário*. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 1995, p. 187-220.

<sup>193</sup> Cf. TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Tradução de: Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações Editora, 2010.

<sup>194</sup> Jessé Souza destaca a importância da linguagem na teoria de Taylor, de forma a dar uma roupagem pós-metafísica à teoria intersubjetiva de Hegel. Nesse sentido, ele defende que, para Taylor, a linguagem expressa contribui tanto para a exteriorização do psiquismo interno do indivíduo quanto para a formação de uma relação intersubjetiva. Em síntese, “[p]essoas só existem em ‘redes de interlocução’”. A linguagem é, portanto, constitutiva do mundo na medida em que possibilita a expressão e o autoesclarecimento reflexivo de vivências de outro modo discretas e indiferenciadas. Antes de adquirirem expressão linguística, essas experiências não seriam claras, nem para o próprio sujeito que as vivenciou e experimentou. O que vale para o sujeito, nesse terreno, também vale para a sociedade. Assim, tradições culturais são interpretadas como resultados solidificados de esforços intersubjetivos de articulação de temas, sentimentos e vivências. A possibilidade de superação inovadora da tradição é garantida pela possibilidade sempre existente de articulação reflexiva de novos sentidos linguísticos e valorativos. SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. **Lua Nova: Revista de Cultura e de Política**, n. 50, p. 133-158 (ver especialmente p. 139-140), 2000.

<sup>195</sup> TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 1995, p. 246-254.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

O autor sustenta que o Estado deve intervir para garantir a preservação de uma cultura, de modo que, ao lado dos direitos universais, haja também uma “política da diferença” voltada ao reconhecimento da valoração de culturas particulares. A valoração dessas culturas deve ser preservada, pois esses ambientes possibilitam a formação e desenvolvimento da personalidade. Taylor é conhecido por resgatar a teoria do reconhecimento de Hegel, dando a ela novo formato ao associá-la ao multiculturalismo<sup>197</sup>. Seu objetivo é legitimar as políticas adotadas pela província do Quebec, voltadas à defesa da cultura francófona da região.

A teoria de Taylor é criticada por diversos autores. Jürgen Habermas entende que o Estado deve possibilitar a coexistência equitativa de culturas, mas não pode atuar no sentido de assegurar a sobrevivência de qualquer uma delas, já que, além de ineficaz, seria inadequado preservar culturas em sacrifício das liberdades dos seus integrantes<sup>198</sup>. Em sentido próximo ao de Habermas, Kwame Anthony Appiah<sup>199</sup> e Seyla Benhabib<sup>200</sup> criticam o foco da teoria no coletivo e não no indivíduo. Segundo eles, não se pode privar um indivíduo da liberdade de escolha, em nome de um interesse coletivo de preservação cultural, nem da possibilidade de contestar ou não uma determinada cultura em que estão inseridos, de disputar seus sentidos e de exercer seu direito de saída. Até porque as culturas são fluidas, dinâmicas e objeto de disputa constante pelo seu significado<sup>201</sup>.

De toda forma, as críticas à teoria são pertinentes: não se pode impor um perfeccionismo moral, suprimindo, de forma autoritária, escolhas às pessoas, forçando-as a assumir uma cultura que não lhes agrada ou com as quais não se identificam ou concordam. Tal postura seria incompatível com a autonomia existencial, violando, portanto, a dignidade humana. Contudo, nem tudo na teoria de Taylor deve ser descartado para a formulação de um conceito de adaptação razoável. A ideia do filósofo de que as pessoas são seres enraizados e de que a formação de sua personalidade depende, em boa medida, das relações intersubjetivas, é uma crítica importante formulada ao liberalismo pelos comunitaristas<sup>202</sup>. Além disso, Taylor propõe

<sup>197</sup> Note-se que Taylor, ao elaborar sua teoria na obra “A política do reconhecimento”, trabalha tanto com o multiculturalismo, quanto com o feminismo.

<sup>198</sup> HABERMAS, Jürgen. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

<sup>199</sup> APPIAH, Kwame Anthony. **The ethics of identity**. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 99-105.

<sup>200</sup> BENHABIB, Seyla. From distribution to recognition?: the paradigm change of contemporary politics. In: BENHABIB, Seyla. **The claims of culture**: equality and diversity in the global era. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 49-105.

<sup>201</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana...** Op. cit., p. 247.

<sup>202</sup> Sobre a importância das relações intersubjetivas na formação da personalidade e da identidade dos seres humanos, cf. GOULD, Carol C. A Social Ontology of Human Rights. In: CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo (Eds.). **Philosophical Foundations of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2015,

uma política da diferença, ou seja, voltada ao reconhecimento e valorização de culturas particulares. Nesse caso, grupos indígenas precisam de adaptação razoável, justamente, para que haja igual dignidade desse grupo, em relação aos hegemônicos na sociedade. A autenticidade dos índios – ter seu próprio modo de ser – exige do Poder Público e dos particulares, adaptações para a retirada dos impedimentos sociais, uma acomodação da diferença do grupo.

As pessoas com deficiência, por outro lado, integram um grupo que precisa de adaptação razoável, para gozar de igual dignidade, quando comparado com os grupos hegemônicos na sociedade. A autenticidade das pessoas com deficiência exige do Poder Público e dos particulares, adaptações para a retirada dos impedimentos sociais e ambientais da sociedade<sup>203</sup>, uma acomodação da diferença do grupo. Da mesma forma, as minorias religiosas, quando se veem privadas das práticas e dos costumes de sua crença, têm negada a sua autenticidade, diante da impossibilidade de fruição de iguais direitos e liberdades em relação àqueles que professam religião majoritária na sociedade. São necessários, portanto, como requisito da igual dignidade, como aponta Taylor, que sejam realizadas adaptações para o exercício das iguais liberdades religiosas, o que inclui a acomodação de práticas religiosas, como a possibilidade de realização da prova da OAB com o *hijab* por aluna muçulmana.

### 2.2.2 A luta pelo reconhecimento de Axel Honneth

A teoria de Honneth sobre reconhecimento é ainda mais densa e tenta dar uma roupagem contemporânea para a teoria intersubjetiva do reconhecimento de Hegel, associando-a à teoria da psicologia social de George Herbert Mead. Honneth defende que a negação de reconhecimento infligiria dano às pessoas e degradaria sua autoimagem, gerando desrespeito<sup>204</sup>.

---

p. 177-195. Com essa mesma crítica ao liberalismo, defendendo sua “correção” comunitarista v. WALZER, Michael. **Politics and Passion: toward a more egalitarian liberalism**. New Haven: Yale University Press, 2004, p. 141-163.

<sup>203</sup> É certo que as pessoas com deficiência não integram uma cultura, como é dirigida a proposta de Taylor. As pessoas com deficiência compõem um grupo muito mais amplo, podendo ter membros de diferentes classes sociais, raças, nacionalidades, sexo, gênero, idade etc. Como se pode ver, o pertencimento a esse grupo minoritário pode gerar muitas outras discriminações, que são agravadas, ainda mais, pela falta de meios para acomodação para que as pessoas com deficiência possam exercer sua autonomia livres de impedimentos ambientais, materiais ou sociais.

<sup>204</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit.; HONNETH, Axel. **Redistribution as Recognition...** Op. cit.; HONNETH, Axel. Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the theory of recognition. **Political Theory**, v. 20, n. 2, mai. 1992, p. 188.

O filósofo desenvolve sua teoria do reconhecimento sob três esferas: amor, direito e solidariedade. A cada uma delas existiriam três correspondentes formas de violação: violação (“morte psicológica”), privação de direitos (“morte social”) e degradação (“negação de estima social”). Na esfera do amor, o filósofo engloba todas as relações próximas do dia a dia: relações entre casais, familiares, pais e filhos e amigos próximos. A partir da psicologia de Mead, ele defende o papel essencial do amor na primeira infância para o desenvolvimento da autoconfiança do indivíduo e, futuramente, para a sua autonomia. A violação dessa esfera seria a forma mais grave de violação (“morte psicológica”), uma vez que estaria associada à integridade corporal. Segundo ele, o estupro e a tortura seriam as maiores e mais graves forma de desrespeito, porque essas violações são uma forma de submissão à vontade do outro, com a perda de autonomia<sup>205</sup>.

Na segunda esfera, concebida a partir da teoria de Thomas Humphrey Marshall, Honneth defende que a atribuição de direitos às pessoas promove relações de reciprocidade, na medida em que, a igualdade e a liberdade entre os participantes confere autonomia ao indivíduo. A esfera do direito estaria, portanto, relacionada ao desenvolvimento de um autorrespeito, sem o qual haveria a diminuição da pessoa, já que ela deixa de se ver como um ser moral e merecedor de igual respeito na vida social<sup>206</sup>.

Na terceira esfera, a da estima social, o sujeito é reconhecido pelas suas peculiaridades, pelo seu estilo de vida e pelos seus atos. A reputação e o prestígio social estão ligados às realizações individuais que são confluentes com valores e objetivos socialmente compartilhados. Ao se perceberem valorizadas socialmente, a autoestima individual tende a florescer, na medida em que há a valorização do indivíduo pelo outro. O desrespeito à estima social promoveria efeitos deletérios sobre a autoestima do indivíduo, ensejando a degradação (“negação de estima social”)<sup>207</sup>.

O sentimento negativo decorrente do desrespeito em cada uma dessas três esferas, associado a outros fatores políticos e sociais seriam, para Honneth, o principal impulso para as lutas por reconhecimento<sup>208</sup>. Entretanto, esses fatores não estão sempre presentes. A título

---

<sup>205</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit., p. 213-215; HONNETH, Axel. Integrity and disrespect... Op. cit., p. 190-191.

<sup>206</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit., p. 197-217; HONNETH, Axel. Integrity and disrespect... Op. cit., p. 194.

<sup>207</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit., p. 218; HONNETH, Axel. Integrity and disrespect... Op. cit., p. 195.

<sup>208</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento...** Op. cit., p. 224; HONNETH, Axel. Integrity and disrespect... Op. cit., p. 199-200.

exemplificativo, pessoas em situação de marginalização constante podem, em função da condição que ocupam, não se levantar contra o *status quo*, pelo fato de determinada situação já estar consolidada na realidade adversa, gerando um conformismo. Por outro lado, pode ser que pessoas, em geral não submetidas a violações, ao serem submetidas a situações de degradação ou desrespeito, unam-se em uma luta por reconhecimento.

Como se observa, a teoria de Honneth é demasiadamente ampla. Abarca a privação de direitos, mas não se limita a ela<sup>209</sup>. Além disso, seria quase impossível transplantar para o Direito as categorias de “amor” e “estima social”, que se relacionam mais com a filosofia moral do que com a teoria política. Seria também difícil pensar em situações de judicialização dessas categorias.

Contudo, elas podem ser utilizadas para uma concepção crítica da adaptação razoável. Em primeiro lugar, o amor e a autoestima, realmente, não são passíveis de serem reduzidas a categorias jurídicas. Mas o Direito pode adotar medidas que despertem comportamentos sociais desejáveis. Isso pode ocorrer com o recurso à técnica do chamado “paternalismo libertário”, os *nudges* de Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>210</sup>. O Estado não é neutro. Ele, a todo momento, realiza escolhas não neutras e “sugere” comportamentos aos seus cidadãos, como quando adota políticas públicas que visem a encorajar que as pessoas façam exercícios, abandonem o tabagismo e adotem uma alimentação melhor<sup>211</sup>. Na consecução desse fim, o Poder Público não poderia se valer de proibições ou sanções, salvo casos absolutamente excepcionais, sendo as políticas públicas de fomento a determinados comportamentos, tais como as medidas de outra natureza, como campanhas educacionais, fomento, tributação com finalidades extrafiscais etc. lícitas e legítimas<sup>212</sup>. Assim, a própria garantia da liberdade permitiria que o Estado abandonasse sua suposta neutralidade para propiciar um ambiente cultural mais hospitaleiro para o livre desenvolvimento da personalidade de cada integrante da sociedade<sup>213</sup>.

Diante dessa nova percepção da função do Estado como não neutro e responsável pelo “empurrão” dos cidadãos para uma concepção de “vida boa” – sem coerções, obviamente –, pode-se esperar que esse “empurrão” se dê numa direção que promova a inclusão e o

<sup>209</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 249.

<sup>210</sup> SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard H. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness.** New York: Penguin Books, 2008.

<sup>211</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 173. Os exemplos utilizados apenas ilustram o que é o *nudge*. É possível, contudo, que nessas mesmas situações possam surgir demandas adaptativas razoáveis, como o pedido de uma pessoa para que, em nome de um estilo de vida, utilize alimentos específicos que não necessariamente serão saudáveis. Agradeço a Letícia Martel por alertar sobre essa questão.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> Ibidem.

desenvolvimento de uma cultura e de relações de autoestima, de empatia e até mesmo pelo amor ao próximo<sup>214</sup>. O descortinamento das minorias invisíveis, com políticas públicas de integração, de inclusão e de promoção do pluralismo e da diversidade pelo Direito, pode despertar sentimentos nas relações sociais capazes de transformações e enraizamento de direitos muito mais fortes do que aqueles impostos pelo Estado por meio da força. Pode tornar a sociedade mais justa e representativa, ao dar voz àqueles que não possuem. Desenvolver relações sociais dessa natureza vai além da tolerância. Por isso, uma adaptação razoável que busque dar voz à diferença é essencial para a integração da sociedade e para a promoção da autonomia e de uma vida com dignidade.

Portanto, a acomodação razoável, sob a ótica do reconhecimento, exige inclusão, com uma relação intersubjetiva reforçada entre as minorias e as majorias, trazendo um novo formato para a construção da identidade das pessoas. Exige, ainda, a promoção da igualdade, com a realização da justiça social e tolerância. Também faz parte da adaptação uma nova concepção do Estado, segundo a qual as políticas devem promover “empurrões” para que sejam incentivadas as trocas sociais entre os grupos excluídos e as majorias, a fim de que sejam despertados sentimentos de empatia. A exigência de tolerância deve ser somente um patamar mínimo exigível juridicamente pelo Direito, o que não exclui outros a serem formulados à luz dos direitos fundamentais, especialmente da dignidade humana. Os sentimentos de amor e empatia funcionariam, assim, como os ideais regulatórios extrajurídicos.

### 2.2.3 A teoria do reconhecimento (?) de Nancy Fraser

A primeira edição da teoria de Fraser foi publicada, em 1995, no artigo intitulado *From distribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age*<sup>215</sup>. Ao contrário de Taylor e Honneth, Fraser elabora uma teoria da justiça, e não do bem-viver. Portanto, sua teoria também não remete à filosofia hegeliana. Ela critica a hegemonia das reivindicações identitárias nos movimentos sociais pós-socialistas, diante das profundas desigualdades econômicas que marcam as sociedades contemporâneas neoliberais. Apesar de criticá-las, Fraser não descarta

<sup>214</sup> Sobre a relação entre a justiça e os sentimentos humanos, cf. NUSSBAUM, Martha C. **Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice**. New York: Oxford University Press, 2016; NUSSBAUM, Martha C. **Political emotions: why love matters for justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

<sup>215</sup> FRASER, Nancy. *From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age*. **New Left Review**, n. 212, p. 68-93, jul./ago. 1995. A versão foi republicada em FRASER, Nancy. **Justice interruptus: critical reflections on the “postsocialist” Condition**. New York: Routledge, 1997. A autora lançou diversos trabalhos subsequentes sobre o assunto, sem, contudo, alterar sua substância.

essas demandas, mas as incorpora em sua teoria da justiça, de modo a abranger tanto reivindicações identitárias, quanto demandas por redistribuição. A essa dimensão identitária Fraser atribuiu a denominação de reconhecimento. Pouco tempo depois, Fraser incorporou uma terceira dimensão, de natureza política, à sua teoria, denominada paridade participativa<sup>216</sup>. Sua teoria abrange, portanto, *redistribuição, reconhecimento e paridade participativa*.

A autora destaca que, nas sociedades contemporâneas, muitas injustiças estão ligadas à economia política, mas que há outras associadas à injustiça cultural ou simbólica, decorrentes de padrões sociais de dominação cultural, que levam ao não reconhecimento e ao desrespeito<sup>217</sup>. Além disso, há uma imbricação entre as injustiças econômicas e culturais, na medida em que as práticas culturais estigmatizantes normalmente acarretam efeitos econômicos negativos para os estigmatizados, e, por outro lado, as assimetrias econômicas podem ensejar efeitos culturais perversos para os excluídos.

A filósofa propõe uma divisão analítica bifocal para distinguir os dois tipos de injustiça e seus respectivos remédios. Para combater as injustiças econômicas seriam necessárias medidas redistributivas, enquanto para enfrentar as injustiças culturais seriam exigidas políticas de reconhecimento. A título exemplificativo, Fraser destaca que os trabalhadores explorados sofrem injustiças que recaem sobre a distribuição, enquanto os homossexuais sofreriam injustiças ligadas ao reconhecimento. Entretanto, homossexuais poderiam sofrer tanto discriminação no aspecto identitário frente aos valores sociais heterossexuais, que predominam na sociedade, quanto no campo econômico, como discriminação no acesso ao mercado de trabalho ou à percepção de um benefício social. Nesse caso, a lesão econômica seria consequência de um não reconhecimento anterior.

Por outro lado, há grupos que, segundo Fraser, sofrem injustiças bivalentes, que ocorrem tanto no campo da redistribuição, quanto no do reconhecimento, como gênero e raça<sup>218</sup>. A opressão e a subordinação das mulheres e dos negros têm origem tanto na estrutura econômica da sociedade quanto na social. Segundo ela, o problema da redistribuição e do reconhecimento estaria na exigência de remédios diferentes e, eventualmente, conflituosos, visto que as políticas

---

<sup>216</sup> FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics... Op. cit.

<sup>217</sup> FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a "postsocialist" age. FRASER, Nancy. **Justice interruptus**: critical reflections on the "postsocialist" Condition. New York: Routledge, 1997, p. 14.

<sup>218</sup> Ibidem, p. 19-23.

que exigem distribuição buscam diminuir as diferenças, enquanto as de reconhecimento visam a enaltecê-las<sup>219</sup>.

Para solucionar esse conflito, Fraser aponta que os remédios podem ser “afirmativos” ou “transformativos”<sup>220</sup>. Afirmativos seriam aqueles que buscariam corrigir os resultados não equitativos dos arranjos sociais, sem que houvesse uma alteração radical desses arranjos – no caso da economia, seriam as políticas de combate à miséria, enquanto, no campo do reconhecimento, seriam as valorizações da identidade de grupos vulneráveis. Já os transformativos buscariam subverter as estruturas econômicas e sociais que originam esses desequilíbrios econômico-sociais – tais como o socialismo, no campo econômico, e a teoria *queer*<sup>221</sup>, no âmbito do reconhecimento. Eles não têm, portanto, foco no resultado, mas na estrutura do *status quo*.

Em seu terceiro conceito, Fraser aponta que deve haver, no processo político, uma *paridade participativa*<sup>222</sup>. Segundo ela, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos membros de uma sociedade a interação com os seus pares, sendo necessário o estabelecimento de padrões de igualdade formal e legal<sup>223</sup>.

Além disso, Fraser elenca, ainda, mais duas condições especiais que deveriam ser satisfeitas: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira ocorre da seguinte forma: a distribuição material dos recursos deve ser realizada de tal modo que garanta aos participantes voz e independência, impedindo, portanto, todas as formas e níveis de desigualdade material e de dependência econômica. Assim, devem ser banidos arranjos sociais que institucionalizem explorações, privações, grandes disparidades em renda, em saúde ou que impliquem em grande perda do tempo de lazer, de forma a negar a algumas pessoas a integração com seus pares<sup>224</sup>.

A segunda se realizaria com a institucionalização de padrões culturais de interpretação e avaliação que expressassem igual respeito por todos os participantes, assegurando igual oportunidade de alcançar estima social<sup>225</sup>. Essa condição impede a imposição de padrões culturais que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as qualidades

---

<sup>219</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 23-33.

<sup>221</sup> A teoria *queer* aponta a natureza arbitrária de distinções ligadas a sexo, gênero e sexualidade, buscando demonstrar como essas categorias são responsáveis por opressões e pela clausura das pessoas em padrões sociais. Ver BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004.

<sup>222</sup> FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics... Op. cit., p. 30-32.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 30-31.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 31.



associadas a elas<sup>226</sup>. Impedem, portanto, a institucionalização de esquemas de valores que denegam a algumas pessoas o status de parceiros integrais na interação, seja limitando suas interações por meio da ampliação da saliência de suas “diferenças” em relação aos demais, seja falhando no reconhecimento de sua distinção<sup>227</sup>.

Dessa forma, a condição objetiva se associa, na teoria de Fraser, com justiça distributiva, o que exigiria, portanto, a redistribuição da estrutura econômica da sociedade, enquanto a intersubjetiva estaria relacionada com as condições da filosofia do reconhecimento, especialmente no que concerne ao pertencimento a um status de uma ordem social, que culturalmente define hierarquias sociais<sup>228</sup>. Assim, o remédio que se busca na condição objetiva é a redistribuição, enquanto na intersubjetiva é o reconhecimento.

A teoria de Fraser tem a vantagem de focar nas práticas sociais e, principalmente, nas instituições. Sua redução a uma categoria jurídica, especialmente de um direito fundamental, seria uma tarefa mais simples e menos problemática, em relação aos neo-hegelianos, que focam no “bem-viver” e não em uma teoria da justiça<sup>229</sup>. Sem embargo, sua teoria apresenta vários problemas. Em primeiro lugar, como teoria da justiça, a proposição da autora é insuficientemente liberal, deixando de lado a autonomia pessoal, tão presente e importante na obra de outros filósofos, como John Rawls, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Amartya Sen e Martha Nussbaum, o que acaba por ignorar o conflito entre liberdade e reconhecimento<sup>230</sup>.

Além disso, ela deixa de lado o aspecto psicológico do indivíduo, ressaltado na teoria de Honneth, na primeira esfera, diminuindo a importância da (inter)subjetividade dos indivíduos nas demandas por reconhecimento<sup>231</sup>. Aliás, esse ponto é extremamente relevante, visto que a autora, ao enfrentar o problema posto em sua teoria, só apresenta exemplos institucionais, sem atentar para a dimensão que mais caracteriza o reconhecimento: a relação intersubjetiva<sup>232</sup>.

Outro ponto relevante é em relação ao reconhecimento proposto por Fraser: seria sua teoria realmente reconhecimento? As demandas por identidade são objeto de estudo por vários autores liberais igualitários, como os citados anteriormente, que propõem abordagens mais

---

<sup>226</sup> Ibidem.

<sup>227</sup> Ibidem.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>229</sup> Nesse sentido, cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 254.

<sup>230</sup> Ibidem.

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> Agradeço à San Romanelli e ao João Feres Júnior por apontar essa crítica. Sobre a ausência de intersubjetividade em Fraser, cf. MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 24, n. 70, junho de 2009, p. 147.

completas tanto do ponto de vista da liberdade, quanto da igualdade. No final, Fraser não propõe nada diferente do que uma política liberal igualitária de promoção de igualdade entre as diferentes identidades, de modo que elas tenham igual respeito e consideração na sociedade, assemelhando-se à teoria de Thomas Scanlon<sup>233</sup>.

Diante disso, uma teoria que busque reconduzir o pensamento de Fraser a uma categoria jurídica não poderia ser enquadrada como uma teoria de um direito ao reconhecimento. A sua teoria aponta importantes proposições para a identificação desse direito na ordem constitucional, mas não pode se limitar a ele, sob pena de se estar delineando uma faceta do princípio da igualdade. Abaixo tentarei desenvolver um direito ao reconhecimento que busque conciliar as críticas expostas em relação aos autores trabalhados nesta parte.

#### 2.2.4 O direito ao reconhecimento na Constituição de 1988

Traçadas as premissas para o reconhecimento de um direito fundamental em determinada sociedade e para a sua identificação no texto constitucional, seja ela de forma explícita ou implícita, e, além disso, após a breve exposição sobre as principais teorias do reconhecimento, cumpre agora analisar se existe um direito fundamental ao reconhecimento na Constituição de 1988 e qual seria o seu conteúdo

##### 2.2.4.1. Diversidade e pluralismo na Constituição de 1988

A Constituição tem um compromisso muito forte com a diversidade: o pluralismo político é um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso V, CF) e o combate à discriminação é um dos seus objetivos (artigo 1º, inciso IV, CF). Consagra o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* e inciso I, CF), o respeito a todos os credos e crenças (artigo 5º, inciso VIII, CF) e os direitos de comunidades tradicionais, tais como índios (artigos 210, § 2º, 215, § 1º, 231 e 232, CF e 67 do ADCT) e comunidades remanescentes de quilombos (artigos 68 do ADCT e 215, § 1º, e 216, § 5º, CF). Agora, a CDPD integra também o bloco de constitucionalidade. A Constituição estatuiu também diversas normas antidiscriminatórias, como demonstrado no Capítulo I. Ela veda expressamente a discriminação com base na religião no artigo 5º, VIII (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de

---

<sup>233</sup> Cf. SCANLON, Thomas. **The difficulty of tolerance**: essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 187-201. Agradeço à San Romanelli e ao João Feres Júnior por apontar essa crítica.

convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”).

Ao lado desses valores – e até como reforço a eles –, a Constituição garante também as liberdades básicas individuais (tais como liberdade de ir e vir, de expressão, manifestação reunião e associação etc.) e possui no seu epicentro a dignidade humana. A dignidade impõe que as pessoas tenham o direito à sua autonomia existencial, elegendo suas escolhas de vida, o que inclui o direito de cada pessoa a exprimir sua identidade. A autonomia privada, como conteúdo da dignidade, permite que cada indivíduo possa formular planos de vida boa e projetos existenciais, podendo persegui-los sem que lhe possam ser impostos *a priori* obstáculos pelo Poder Público ou pelos particulares. A essa prerrogativa individual de realizar escolhas fundamentais e de dar rumo à própria existência, Dworkin deu o nome de independência ética<sup>234</sup>. Dito isso, há um direito de cada pessoa de, no limite da sua autonomia, executar no mundo suas escolhas, de forma livre, o que inclui, portanto, questões identitárias, tais como aquelas ligadas à raça, à nacionalidade, à etnia e à orientação sexual e de gênero.

Em relação às comunidades tradicionais, a Constituição foi além e tutelou alguns direitos específicos de índios e comunidades remanescentes de quilombos, como enumerado acima. Dessa forma, o Constituinte demonstrou preocupação com a dignidade de comunidades étnicas não predominantes na sociedade, assegurando direitos básicos de forma coletiva (“direitos da comunidade”), bem como de forma individual (“direitos dos indivíduos na e frente à comunidade”).

Contudo, a Constituição de 1988, apesar de conferir um novo tratamento às comunidades, é anterior e não faz parte do movimento surgido na América Latina, conhecido como Novo Constitucionalismo Latino-Americano ou Constitucionalismo Andino. Esse novo constitucionalismo se aproxima do Neoconstitucionalismo<sup>235</sup> em aspectos como a constitucionalização do ordenamento jurídico – ou seja, uma releitura de toda a legislação infraconstitucional à luz do paradigma constitucional, mediante a declaração de

<sup>234</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 201, pp. 211-213 e 368-371.

<sup>235</sup> Sobre o neoconstitucionalismo, é clássica a obra do Professor Luís Roberto Barroso, que trata dos marcos histórico, teórico e filosófico que deram ensejo a esse movimento e dos reflexos na ordem jurídica e no direito constitucional brasileiros. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2016. Para uma leitura crítica, ver: SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

inconstitucionalidade de normas contrárias à Carta e por meio da interpretação conforme a Constituição das leis e atos normativos -, força normativa dos princípios e constituições analíticas visando à permanência da vontade do Constituinte, em decorrência da necessidade de estabilidade constitucional<sup>236</sup>.

Por outro lado, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano possui vários pontos de tensão com o Neoconstitucionalismo<sup>237</sup>. É que, no primeiro, há um fortalecimento do Poder Constituinte, com a ampliação dos atores constitucionais e com foco na soberania popular, ao contrário do segundo, que pressupõe um fortalecimento e alargamento do Poder Judiciário e, especificamente, da jurisdição constitucional. Além disso, no Constitucionalismo Andino, a efetivação da constituição é pautada pela participação popular nos seus processos de interpretação e alteração, enquanto no Neoconstitucionalismo a interpretação é centrada na jurisdição constitucional. Outro ponto relevante diz respeito à contraposição entre o modelo biocêntrico do Constitucionalismo Andino (defesa da “Pachamama” e “Sumak Kawsay”) em contraposição ao antropocêntrico do Neoconstitucionalismo, erigido sob a dignidade humana. Por fim, há uma dicotomia entre o monismo e o pluralismo jurídico, características do Neoconstitucionalismo e do Constitucionalismo Latino-Americano, respectivamente, o que enseja uma contraposição de um Estado Plurinacional de Direito frente ao Estado Constitucional de Direito.

As inovações e características trazidas por esse novo constitucionalismo possuem muitas nuances e arranjos inéditos e interessantes que permitem uma reflexão sobre as instituições e a forma de se fazer direito e política. No que interessa ao presente trabalho, deve-se destacar o reconhecimento e o empoderamento da população indígena. No Estado Plurinacional da Bolívia, por exemplo, as 36 etnias indígenas são reconhecidas como nações. Além disso, lá coexistem a jurisdição exercida pela Justiça Indígena Campesina e a Jurisdição Ordinária e a composição do Tribunal Constitucional Plurinacional é mista.

A Constituição brasileira de 1988 não é tão ousada na proteção indígena, em termos de inovações institucionais, quanto à da Bolívia, à da Colômbia e à do Equador, mas não se pode negar a preocupação e a importância que o Constituinte deu à questão das populações

---

<sup>236</sup> Esses apontamentos são feitos por DIAS, Sérgio Bocayuva Tavares de Oliveira; et al. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 5, n. 2, p. 122-132.

<sup>237</sup> Ibidem.

tradicionais. Ainda que não se possa enquadrá-la nesse novo constitucionalismo<sup>238</sup>, populações tradicionais e seus integrantes possuem *status* privilegiado no texto constitucional, especialmente índios e comunidades remanescentes de quilombo, que possuem direitos específicos previstos na Constituição. Esses direitos, pela sua importância e pelos valores que buscam promover – tais como justiça social, igualdade e autonomia –, são caracterizados como fundamentais<sup>239</sup>.

Os direitos indígenas são essenciais para a manutenção e exercício da cultura, da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças, das tradições e dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*, CF). São vitais para a manutenção das comunidades, que possuem diversas etnias espalhadas pelo território brasileiro. Sem a possibilidade de reproduzir seus costumes, culturas e tradições, as comunidades correm o risco de ser extintas. Diante disso, o reconhecimento dos membros das comunidades será afetado, pois além de serem discriminados pelo Poder Público – como ocorre, por exemplo, na morosidade na demarcação de suas terras – podem ser – ainda mais – discriminados pela sociedade envolvente. Assim, essas pessoas têm negado o seu direito ao desenvolvimento da própria identidade e ao igual respeito e consideração. Há, portanto, além da base constitucional, um fundamento filosófico para se atribuir direitos específicos e um tratamento diferenciado para as comunidades tradicionais.

Em relação às pessoas com deficiência, os fundamentos são parecidos. A CDPD, incorporada ao bloco de constitucionalidade, não se limitou ao perfil biomédico da deficiência, mencionando os impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sem ignorar

---

<sup>238</sup> Apesar da proteção às comunidades tradicionais, a Constituição de 1988 pende muito mais para o neoconstitucionalismo do que para o Constitucionalismo Andino. Os autores que se debruçam sobre o assunto não vinculam a constituição brasileira ao novo constitucionalismo em decorrência do seu processo constituinte deficitário de legitimidade democrática, vivenciado durante o regime militar, haja vista a participação de representantes da ditadura na composição da Assembleia Nacional Constituinte, bem como da ausência de consulta popular para a ativação do poder constituinte e a de ratificação popular do projeto final da constituição. Nesse sentido, ver PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. **Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Latinoamericano. Quito, Editora Nacional, 96, 2010, p. 318-319. Disponível em: <[http://mestrado.direito.ufg.br/uploads/14/original\\_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011](http://mestrado.direito.ufg.br/uploads/14/original_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011)>. Acesso em: 18 mar. 2017; PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, v. 25, p. 11-12, 2010.

<sup>239</sup> Nesse sentido, atribuindo à norma do art. 68 do ADCT o status de direitos fundamental, cf. SARMENTO, Daniel. **Territórios Quilombolas e Constituição**: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer apresentado à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (6ª CCR) do Ministério Público Federal, [s.d.], p. 5-10. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmiento.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmiento.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

as especificidades corporais<sup>240</sup>. Ela incorporou também uma matriz de direitos humanos preocupada com a denúncia da opressão e com as barreiras sociais que restringem a participação plena e efetiva das pessoas<sup>241</sup>.

Note-se que, mesmo sem a CDPD, já seria viável, à luz da Constituição de 1988, uma leitura da adaptação razoável e da sua relação com as pessoas com deficiência que englobasse a ideia de viabilização do exercício da autonomia, da eliminação de obstáculos espaciais e sociais e do tratamento da deficiência como um dado social, e não apenas médico. É que essas ideias são concretizadas por princípios morais mais abstratos, como igualdade, liberdade, saúde física e mental e direito à uma vida digna. Além disso, há diversos dispositivos constitucionais que se preocupam especialmente com a proteção das pessoas com deficiência, como já mencionado acima, tal como o artigo 227, § 1º, inciso II e o artigo 37, inciso VIII, ambos da CF.

As minorias religiosas também foram amplamente protegidas pelo texto constitucional. Além da vedação expressa à discriminação com base na religião (artigo 5º, inciso VIII), a Constituição veda a discriminação por qualquer medida que tenha o potencial de colocar em desvantagem um grupo de pessoas que possuem alguma característica protegida, seja ela física, psicológica ou fruto de escolhas pessoais (como gênero, religião ou crença). De modo geral, a Constituição protege contra a discriminação arbitrária, prevê a promoção de igualdade formal e material, garante o exercício de iguais liberdades fundamentais e consagra também a proteção da dignidade humana – em todo o seu conteúdo –, aspectos já analisados no Capítulo I.

Portanto, deve-se concluir que há um direito à busca e à realização da própria identidade no texto constitucional e que esse direito foi regulamentado de forma ainda mais pormenorizada pelo Constituinte em relação aos índios, para as pessoas com deficiência, para minorias religiosas e para as questões de gênero. Esse direito à identidade própria e à diferença se liga às teorias do reconhecimento, porque veda que o Estado discrimine as pessoas pelo que elas são, interferindo diretamente nas relações intersubjetivas não só impondo bloqueios e dificuldades às relações interpessoais, mas também dando ensejo a processos de exclusão com a

---

<sup>240</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Deficiência, direitos humanos e justiça. Op. cit., p. 99. Segundo os autores, o modelo biomédico sustenta que há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência. Assim, os impedimentos de ordem médica descrevem as lesões e doenças como desvantagens naturais e indesejadas, sempre focando nas práticas de reabilitação e nas curativas, com o intuito de reverter ou atenuar os sinais de anormalidade. Predominava, portanto, a ideia de que um corpo com deficiência deveria ser objeto de intervenção dos saberes médicos.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 99.

estigmatização de minorias e com a demonstração de que determinada concepção de vida boa não deve ser respeitada. Isso se reflete na sociedade gerando comportamentos exclusivos pelas maiorias em relação ao diferente, o que pode desencadear um processo cíclico de normas e de instituições cada vez mais discriminatórias e exclusivas.

Em relação aos particulares, também podem ser exigidas medidas que proporcionem o reconhecimento. Políticas que combatam a discriminação no âmbito das relações privadas, que valorizem a integração e as trocas entre pessoas com diferentes concepções de mundo – como as cotas, por exemplo –, entidades e associações que primem por um programa de contratação plural – e incentivos estatais para promover esse tipo de política –, além de uma educação inclusiva – que está na confluência entre o público e o privado – são ações que podem promover o reconhecimento intersubjetivo em relações não estatais. Dessa forma, em que pese a necessidade de atuação do Poder Público para promover esse tipo de política antidiscriminatória e inclusiva, ela também pode ser adotada por cada pessoa no dia a dia ao realizar reflexões pessoais.

Feita essa breve exposição sobre a importância da identidade de modo geral e da importância da proteção constitucional de valores morais relevantes, tal como a dignidade, a identidade, a liberdade, a igualdade e a necessidade de garantia da reprodução cultural, especialmente quando pensado à luz de alguns grupos minoritários no âmbito da Constituição de 1988, cabe agora delimitar um conteúdo ao direito ao reconhecimento.

#### 2.2.4.2 Conteúdo do direito fundamental ao reconhecimento

“Uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas”<sup>242</sup>. Esse ditado, associado ao *ubuntu*, sintetiza uma das mais vitais necessidades do ser humano, intrinsecamente ligada à sua dignidade: a de que a visão do outro sobre nós nos constitui. Diferentemente das concepções liberais modernas<sup>243</sup> – e também de muitas contemporâneas<sup>244</sup> –, nós, seres humanos, não somos um átomo desenraizado, que vive em um vácuo social. Nosso *ser* é composto de trocas constantes com o meio social, que formam nosso caráter, nossos sentimentos, nossa forma de

<sup>242</sup> “*Umuntu ngubuntu ngabantu*”. Ditado tradicional na África subsaariana ligado ao *ubuntu*. Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...**, p. 241.

<sup>243</sup> Nesse sentido, cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

<sup>244</sup> Cf. RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971. Note-se que mesmo Rawls considerava que o desenvolvimento de autoestima era o mais importante bem primário (Sobre esse ponto, cf. p. 440). DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Op. cit.

ver o mundo. Orientamos nosso modo de ser e de agir, de acordo com o que pensam de nós e somos influenciados, em nossas convicções, no jeito de agir e pensar, pelas pessoas que fazem parte de nossa vida. Dessa forma, para que possamos exercer integralmente nossa dignidade, o reconhecimento intersubjetivo é essencial. A falta do reconhecimento hierarquiza as pessoas, causa sofrimento e viola a autonomia, podendo – como na maioria das vezes acontece – refletir nas relações econômicas e de poder na sociedade<sup>245</sup>. Além disso, ela diminui o outro, gerando desrespeito e redução da autoestima<sup>246</sup>, comprometendo a capacidade de participação, como igual, das relações sociais<sup>247</sup>.

O direito ao reconhecimento intersubjetivo, embora não previsto expressamente na Constituição de 1988, pode ser reconhecido como um direito fundamental por várias razões. A primeira delas é que, como já observado, ele é essencial para a dignidade humana. Portanto, o reconhecimento está abrangido pela cláusula geral de tutela da dignidade<sup>248</sup>, sendo imprescindível para a integridade moral da pessoa<sup>249</sup>.

Além disso, o reconhecimento está ligado à proteção estatal às culturas (que foi reforçada no caso das indígenas e afro-brasileiras), à solidariedade, à igualdade e também à autonomia, como já demonstrado acima. Por envolver a proteção e a promoção de valores morais tão importantes na sociedade e pela sua essencialidade para a dignidade, o direito ao reconhecimento pode ser caracterizado como um direito fundamental.

Resta agora estabelecer qual o conteúdo desse direito. Nesse sentido, cumpre ressaltar que nem toda demanda por reconhecimento deve ser acolhida. Ao ser reduzido à categoria de direito fundamental, o direito ao reconhecimento passa a constituir um mandamento de

<sup>245</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 241.

<sup>246</sup> Sobre a relação entre desrespeito, diminuição da autoestima e dignidade, v. também HONNETH, Axel. Integrity and disrespect... Op. cit., p. 187-202.

<sup>247</sup> A diminuição e, por vezes, total impossibilidade da participação social e das interações sociais por parte das pessoas às quais falta reconhecimento ou que o reconhecimento ocorre de maneira equivocada (*misrecognition*) é tratada por FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age. Op. cit.

<sup>248</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 84-86. Segundo o autor, A dignidade exerce o papel de identificação de direitos fundamentais. Ela pode ser utilizada como parâmetro para (i) reconhecimento de direitos fundamentais inseridos na Constituição fora do catálogo de direitos e garantias fundamentais correspondente ao Título II da Constituição de 1988, que vai do artigo 5º ao artigo 17, o que enseja o reconhecimento de outros direitos fundamentais espalhados pelo documento constitucional e por outros documentos normativos integrantes do bloco de constitucionalidade; (ii) reconhecimento de direitos fundamentais não enumerados na Constituição, de modo a impedir que a pessoa fique desamparada diante de graves lesões e ameaças à sua dignidade em razão de lacunas e incompletudes no rol de direitos fundamentais, funcionando como um “direito-mãe”, do qual se extraem outros direitos específicos não expressamente previstos no texto constitucional.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 255. Ver também a aproximação feita entre dignidade e reconhecimento pela Suprema Corte do Canadá em *Law v. Canada*. V. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Law v. Canada*. (*Minister of Employment and Immigration*) (1999) 1 SCR 497.



otimização, sujeito a colisões com outros princípios e valores constitucionais e, por isso, passível de restrição mediante aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>250</sup>. Por isso, em uma ponderação de interesses entre o direito ao reconhecimento de um neonazista, que discrimina judeus, negros e homossexuais, e a isonomia, deverá prevalecer o segundo em detrimento do primeiro. Assim, a autoestima tem um valor relevante na aplicação do direito ao reconhecimento, mas não pode ser o único fator. Especialmente no Brasil, onde a desigualdade social e econômica ainda é enorme, mudanças culturais e econômicas são necessárias, o que pode afetar o reconhecimento das elites (sejam elas econômicas, políticas ou sociais). A título exemplificativo, a Emenda Constitucional nº 72 de 2003, que, à época, ficou conhecida como “PEC das domésticas”, atribuiu aos trabalhadores domésticos diversos direitos já consagrados para os demais trabalhadores. Ela certamente atingiu a autoestima de muitos patrões, o que não quer dizer que a medida não seja legítima – até porque, por outro lado, promove o reconhecimento dessa parcela mais vulnerável da sociedade.

Parte do conteúdo do direito fundamental ao reconhecimento, portanto, é um direito ao igual respeito da identidade pessoal<sup>251</sup>. Não se trata, entretanto, de estimular relações intersubjetivas e interações sociais quaisquer, mas relações intersubjetivas e interações sociais construtoras de reconhecimento mútuo. Na linha apontada anteriormente, ele possui uma faceta negativa e uma positiva. A negativa veda práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as<sup>252</sup>. Positivamente, impõe que o Estado adote medidas voltadas para o combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes<sup>253</sup>. O direito ao reconhecimento liga-se à intersubjetividade da dignidade, na medida em que deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade<sup>254</sup>. Além

---

<sup>250</sup> Sobre direitos fundamentais como mandamentos de otimização e restrições a direitos fundamentais mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, é clássica a obra de ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. No Brasil, ver as obras dos seguintes autores: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais...** Op. cit.; ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>251</sup> Nesse sentido, cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 256.

<sup>252</sup> Ibidem.

<sup>253</sup> Ibidem. Ver também LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 64-95, 2005.

<sup>254</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, p. 371, jan./jun. 2007.

disso, o reconhecimento possibilita que os seres humanos mantenham e desenvolvam a sua identidade pessoal<sup>255</sup>.

Note-se, contudo, que reduzir o direito ao reconhecimento ao igual respeito à identidade diminuiria muito a compreensão mais global do reconhecimento intersubjetivo para a dignidade. O conteúdo proposto é muito próximo de uma categoria liberal de tolerância, que permite às pessoas viverem suas concepções de vida sem a interferência do Estado ou dos outros indivíduos.

Por outro lado, o Direito não pode manifestar seu poder coercitivo em relação aos olhares e aos sentimentos. Como mencionado acima, ao tratar da concepção do reconhecimento de Honneth, o Direito não pode impor amor e estima social. Ele não pode forçar um pai a gostar do filho, nem fazer com que um racista deixe de pensar que os negros são inferiores. Mas isso não quer dizer que ele não possa agir para estimular comportamentos sociais desejáveis, nem que ele não possa se movimentar em um sentido mais inclusivo. Dessa forma, entendo que o direito ao reconhecimento é um marco teórico de interpretação constitucional – e, por conseguinte, do ordenamento jurídico como um todo. Isso impõe que as normas devem ser interpretadas tendo como objetivo a promoção, na medida do possível, de relações intersubjetivas mútuas.

O Poder Público deve agir, por qualquer dos seus Poderes, em busca do fortalecimento dos laços entre os sujeitos. Para isso, é necessária a utilização de políticas inclusivas e de ações que estimulem a interação social gerando reconhecimento intersubjetivo mútuo – e não interações sociais constituidoras de desrespeito (*misrecognition*). A título exemplificativo, a educação deve ser inclusiva. Isso significa que ela deve estimular comportamentos tolerantes e constituidores de reconhecimento mútuo, a convivência entre pessoas com diversas concepções de mundo e o incentivo à realização de tarefas que estimulem a cooperação entre os sujeitos e a preocupação com o outro.

Outras medidas nesse sentido são as cotas, que, além do caráter liberal igualitário de promover a igual oportunidade de todos, possui uma dimensão de reconhecimento ao permitir a troca de experiências entre pessoas com diferentes visões de mundo, criando e fortalecendo laços intersubjetivos<sup>256</sup>. Também se pode considerar que as cotas tornam direitos formais em

---

<sup>255</sup> HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana**. Tradução de: R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2001, p. 52.

<sup>256</sup> Apontando a relação entre ações afirmativas para negros, inclusão e diversidade, cf. FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil, p. 10-11, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/30/joao\\_feres\\_30.pdf](http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf)>. Acesso em: 09 dez. 2017. Sobre a relação de ações

direitos efetivos, construindo reconhecimento, de acordo com a tipologia proposta por Honneth na segunda forma de reconhecimento. Além disso, políticas de incentivos fiscais para empresas que tenham compromisso com a diversidade também é uma forma de agir do Estado para promover o reconhecimento intersubjetivo.

Apesar de o Estado não ser o único capaz de desenvolver reconhecimento intersubjetivo entre os indivíduos em determinada sociedade, como visto, ele possui um papel central e importantíssimo para promovê-lo, direta ou indiretamente, mediante “empurrões” nesse caminho<sup>257</sup>. Dessa forma, rompe-se com a ideia de neutralidade estatal que, na prática, já não existe – e talvez nunca tenha existido.

Firmada essa definição do direito ao reconhecimento, cumpre associá-lo com outro importante elemento que constitui a vida humana em sociedade. A cultura<sup>258</sup> é essencial para a vida das pessoas. Somos seres enraizados e fazemos nossas escolhas nos contextos nos quais estamos inseridos. As culturas não são estáticas, nem seus membros são parte de um todo, representado pela comunidade. Mas os valores compartilhados, os modos de vida e as tradições são importantíssimos para a identidade de cada pessoa.

A cultura, por exemplo, desempenha papel ainda mais essencial para os povos tradicionais em relação à sociedade envolvente. É que as pessoas que nascem em comunidades minoritárias possuem valores comunitários mais vulneráveis a poderes da comunidade majoritária e dominante. Além disso, elas pertencem a grupos tradicionais que possuem um processo de aprendizado e de socialização distinto da sociedade envolvente, regendo a vida em comunidade por percepções e práticas mais coletivas e menos individualizadas<sup>259</sup>. Esses padrões tendem a ser incorporados pelas pessoas pertencentes a esses grupos na construção intersubjetiva das suas identidades, o que torna ainda mais traumáticas as fraturas na identidade cultural dos membros desses grupos<sup>260</sup>. Além disso, as culturas tradicionais estão constantemente expostas ao risco de destruição em decorrência das pressões da sociedade

---

afirmativas para negros e reconhecimento, ver FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 295, dez. 2004.

<sup>257</sup> Nesse sentido, confira-se a já citada obra sobre o “paternalismo libertário” e os *nudges*: SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard H. **Nudge...** Op. cit. No Brasil, ver SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 173-174.

<sup>258</sup> Segundo a Convenção Universal sobre a Diversidade Cultural, cultura é “o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.

<sup>259</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 279.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

envolvente, especialmente nos conflitos ligados à disputa por territórios com particulares, quase sempre mais poderosos e mais influentes.

As comunidades tradicionais sofrem constantemente preconceitos por parte da sociedade envolvente, que desvaloriza e estigmatiza o modo de vida dos membros dessa comunidade, e são constantemente pressionadas pelo assimilacionismo e pela desagregação presente na sociedade envolvente capitalista. Outro fator relevante em favor dos direitos culturais é histórico<sup>261</sup>. Os povos tradicionais sujeitaram-se a diversas injustiças em sua trajetória histórica, injustiças que se refletem atualmente na inferioridade socioeconômica e na subordinação cultural.

Assim, faz parte de um direito ao reconhecimento – especialmente no caso das comunidades indígenas – a proteção dessas culturas não hegemônicas. Essa proteção não pode ser traduzida, obviamente, em uma preservação forçada, mas deve assegurar as condições para que a cultura possa existir e se reproduzir<sup>262</sup>. Ela se volta para a defesa da dignidade das pessoas, cuja identidade seria atingida pelo desaparecimento ou deterioração do ambiente cultural na qual estão inseridas<sup>263</sup>. Deve-se conceder iguais possibilidades de possuir uma cultura não hegemônica e exercer livremente as práticas associadas a ela. Ao mesmo tempo, as presentes e as futuras gerações se beneficiam com a riqueza propiciada pela diversidade cultural, traduzindo-se em um ganho da sociedade como um todo<sup>264</sup>.

Mas o direito ao reconhecimento não se liga somente com a cultura. Ele se relaciona também com todos os demais direitos e liberdades constitucionais mencionados acima e no Capítulo I, como a liberdade, a igualdade e o valor intrínseco e pessoal, que compõe a dignidade de cada indivíduo. Isso porque a promoção desses direitos e liberdades de forma igualitária é capaz de gerar inclusão e de permitir que grupos antes excluídos passem a interagir diretamente com os grupos hegemônicos da sociedade. Ao permitir a convivência com o diferente, com formas distintas de pensar e ver o mundo, há o estímulo à promoção de relações de reconhecimento intersubjetivo. Assim, o direito ao reconhecimento tem uma íntima relação com a adaptação razoável, na medida em que, ao buscar eliminar, ou, pelo menos, mitigar os efeitos da discriminação indireta, confere-se maior visibilidade aos membros de grupos minoritários vulneráveis.

---

<sup>261</sup> Ibidem. Ver também TULLY, James. **Strange multiplicity**: constitutionalism in the age of diversity. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

<sup>262</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 280.

<sup>263</sup> Ibidem.

<sup>264</sup> Ibidem.

Dessa forma, o Estado, ao impor que uma mulher muçulmana possa frequentar o ambiente de trabalho com o *hijab*, promove relações de reconhecimento intersubjetivo. Por um lado, os colegas de trabalho terão contato com uma religião com lições e visões de mundo diferentes, que podem resultar em aprendizado e no combate à visão estigmatizada dos membros dessa comunidade religiosa. Por outro, a mulher muçulmana pode professar sua religião de forma livre e igual às demais pessoas, fazendo florescer o sentimento de inclusão no seio social. Há, assim, a chance do convívio e do aprendizado recíproco, gerando autoestima e autorrespeito, com a criação e o fortalecimento de laços.

Portanto, o direito fundamental ao reconhecimento na Constituição de 1988 engloba um direito à igual respeito à identidade pessoal. Como um direito, há um sujeito titular e um outro devedor. O titular é qualquer pessoa, enquanto o devedor poder ser o Estado – e qualquer de seus poderes – e os particulares, que também possuem obrigações prestacionais, já que os direitos fundamentais também incidem nas relações privadas, irradiando-se por todas as relações sociais em decorrência de sua eficácia objetiva e horizontal. Esse direito deve ser interpretado – e conformar a interpretação do ordenamento jurídico e a atuação do Poder Público – no sentido de promover o reconhecimento intersubjetivo, incluindo também as categorias propostas por Honneth, como estima social (a previdência e a assistência social são bons exemplos de Direitos a serem norteados por essa categoria, tendo em vista o seu inegável fundamento na solidariedade social) e amor (esse marco pode ser utilizado, por exemplo, para interpretar as relações de direito de família, permitindo e reconhecendo juridicamente uniões poliafetivas, multiparentalidade, união homoafetiva entre outras práticas que são objeto de controvérsia na sociedade). Assim, o direito ao reconhecimento não se limita àquela proposta de Fraser, incorporando também os elementos de igual dignidade e da importância do enraizamento do indivíduo de Taylor e as categorias constituídas por Honneth – ainda que funcionando como marco interpretativo ou ideal regulatório.

Também há um destaque em relação às pessoas com deficiência. Apesar dos vínculos culturais não serem tão fortes, como ocorre na questão indígena, ainda assim há grupos e costumes próprios de cada deficiência, que faz nascer reconhecimento intersubjetivo dentro dos grupos de pessoas com as mesmas deficiências, dentro de grupos com deficiências distintas e entre as pessoas com e sem deficiência. As pessoas cegas possuem uma escrita própria (o braille), as surdas a linguagem dos sinais – no caso do Brasil, a Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS), entre outras. Assim, envolvem o reconhecimento intersubjetivo a possibilidade de essas pessoas surdas e mudas poderem se comunicar com as pessoas sem deficiência e a

realização de provas sem assistências, por parte das pessoas cegas. Há, portanto, uma questão cultural e comunitária em relação às pessoas com deficiência, que pode afetar o seu reconhecimento intersubjetivo.

### **2.3 Como a adaptação razoável promove o reconhecimento intersubjetivo?**

#### **2.3.1. Importância na atuação conjunta entre os direitos fundamentais à adaptação razoável e ao reconhecimento**

Firmadas as premissas teóricas analisadas acima, resta analisar a interação entre adaptação razoável e reconhecimento. Esta parte busca aplicar o marco teórico assumido nos itens anteriores ao direito à acomodação razoável. Para auxiliar o leitor na compreensão de algumas ideias, no próximo item buscarei ilustrar como o reconhecimento é promovido, por meio da análise de alguns casos.

A adaptação razoável possui como objetivo realizar valores morais centrais presentes na Constituição de 1988 e que figuram como direitos fundamentais, como igualdade, liberdade, autonomia, dignidade, inclusão e reconhecimento. Isso ocorre mediante ajustes e medidas necessários para que as pessoas possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Esse conceito amplo está de acordo com a CDPD e com a exigência constitucional de proteção de outros grupos minoritários, que não são objeto específico de proteção da Convenção, tal como analisado no Capítulo I e como será mais aprofundado no Capítulo III adiante.

A ideia da acomodação é que normas jurídicas, políticas públicas e práticas sociais, ainda que válidas, podem ter um impacto desproporcional sobre determinadas pessoas em decorrência das suas características pessoais ou identitárias<sup>265</sup>. Esse tipo de discriminação, ainda que não intencional, decorre, dentre outras razões, do fato de que esses grupos minoritários, em geral, não possuem voz e poder suficientes para influenciar na definição das medidas que regulam a sociedade, ensejando o atropelamento ou a ignorância dos pleitos dessas minorias<sup>266</sup>.

A necessidade de adaptação pode ensejar a promoção de medidas que visem à igualdade formal e material, mas também pode exigir medidas não homogeneizadoras, diante da

---

<sup>265</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 274.

<sup>266</sup> Ibidem.

existência de necessidades especiais no caso concreto, como já analisado no Capítulo I. Além da integração na sociedade com a eliminação de obstáculos sociais, essa igualdade pode exigir a inclusão, com a acomodação das necessidades específicas de pessoas que integram grupos vulneráveis<sup>267</sup>. É certo que nem toda pretensão poderá ser objeto de adaptação, de modo que essa avaliação deve ser feita no caso concreto, considerando a importância da adaptação, os direitos envolvidos e os ônus<sup>268</sup> que decorreriam do ajuste<sup>269</sup>. De modo geral, há diversos grupos que exigem medidas adaptativas, dentre eles, as pessoas com deficiência, que são objeto de proteção da CDPD, grupos religiosos e povos tradicionais. Diante desse quadro, a igualdade, a inclusão e o reconhecimento exigem que grupos minoritários que sofrem discriminações indiretas façam jus à adaptação razoável<sup>270</sup>.

O direito ao reconhecimento se liga à adaptação razoável, na medida em que o ser humano precisa se reconhecer no olhar do outro, sendo requisito essencial da sua dignidade, como já delineado acima. Além disso, a igual identidade também serve de base para a adaptação razoável. Esses dois pontos se desdobram da seguinte forma. Quanto ao primeiro, o reconhecimento será a consequência de um ajuste, medida, isenção ou exceção para incluir determinado indivíduo ou grupo minoritário vulnerável. Ao igualar aquela pessoa antes excluída da sociedade, em decorrência de uma característica física, psicológica ou de uma escolha moral de vida, o indivíduo deixa de ser invisível e passa a ser um valor em si. Nesses casos, há a promoção de sua dignidade, visto que se implementa tanto o valor intrínseco e pessoal do indivíduo – mediante tratamento que leve a sério a importância que cada vida humana possui, com a atribuição de igual respeito e consideração a todos –, quanto promove a interação social entre grupos hegemônicos da sociedade e minorias excluídas e estigmatizadas.

Em relação ao segundo ponto, a igual identidade está relacionada ao direito de cada pessoa eleger seus projetos de vida e poder implementá-los sem restrições ilegítimas por parte do Estado ou dos particulares. As pessoas podem, portanto, desde que de forma razoável, eleger concepções de bem e, a partir daí, mover esforços para a sua realização, ainda que venha a

---

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> Como bem ressalta Leticia Martel, ao tratar da expressão “ônus indevido”, presente na CDPD como parâmetro adaptativo, essa limitação pelos ônus não necessariamente será financeira. Ela pode decorrer de uma limitação imposta pela incidência de outros direitos fundamentais. De outro lado, pode até mesmo o Poder Público ou o particular serem obrigados a realizar as adaptações necessárias, ainda quando o ônus financeiro for muito elevado. A lógica é a mesma do direito à saúde: o Poder Público não pode deixar de prestar atendimento médico sob o argumento de que a contratação de profissionais de saúde é muito custosa. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Adaptação razoável...* Op. cit., p. 107. O estudo da razoabilidade, da ponderação, da proporcionalidade e do ônus indevido será aprofundado no Capítulo III.

<sup>269</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 274.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

colidir com a cultura, com as concepções e com os hábitos majoritários na sociedade. Possibilitar às pessoas iguais direitos e liberdades para promover seus fins, garantindo que eles sejam implementados em uma comunidade política, gera relações de reconhecimento, porque atua na eliminação das hierarquias e das subordinações nas relações sociais.

Logo, a necessidade humana de promoção do reconhecimento intersubjetivo mútuo está relacionada às realizações de medidas, ajustes, isenções e exceções que possibilitem interações sociais entre os antes excluídos com os grupos hegemônicos. Tal reconhecimento promove também a inclusão de minorias estigmatizadas, o que possibilita a efetivação de várias promessas sociais no longo prazo: incluir o diferente no dia a dia pode gerar menos tensões, tornando a sociedade mais cooperativa na consecução dos objetivos constitucionais. Além disso, pode impulsionar que as pessoas se ajudem e sejam mais fraternais umas com as outras: a diferença passa a ser natural sob a perspectiva do outro.

Outro aspecto relevante está relacionado à quebra de hierarquizações. Ao realizar ajustes, medidas, isenções ou exceções para promover o gozo e o exercício de iguais direitos e liberdades, conferindo a cada pessoa valor intrínseco e pessoal para combater práticas indiretamente discriminatórias – tal como exposto no Capítulo I –, a adaptação razoável coloca as pessoas no mesmo patamar. A convivência com o diferente, com o pluralismo nos diversos espaços sociais tende a gerar relações de reconhecimento e a diminuição dos atritos sociais. A pessoa excluída passa a se ver como igual merecedora de respeito e consideração. A sociedade passa a enxergar aquele indivíduo como ser moral, respeitando sua individualidade.

Assim, a visão que o indivíduo possui de si e seu autorrespeito são incorporados no *self*. Ainda na mesma linha da teoria de Honneth, as trocas intersubjetivas podem promover estima social. Quando as diferentes concepções de mundo e as diversas ideias sobre o bem são colocadas na visão do outro, surgem novas formas de reconhecimento intersubjetivo mútuo. Pense-se, por exemplo, na exigência de diálogo para a promoção de acomodação razoável, extraída do julgado *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*<sup>271</sup>, a partir da ideia de que a discriminação é um problema de todos. O direito de acomodação de um empregado com deficiência pode chamar a atenção do empregador e dos demais empregados para as dificuldades do dia a dia enfrentados por pessoas com deficiência em ambientes não inclusivos.

No caso de o empregador buscar entender as razões da demanda por adaptação de seu funcionário e, diante disso, realizar a acomodação, há um reconhecimento intersubjetivo mútuo:

---

<sup>271</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.



o primeiro do empregado com deficiência, que passa a ser integrado no ambiente de trabalho, eliminando ou atenuando consideravelmente a discriminação indireta sofrida. A segunda relação de reconhecimento intersubjetivo é a do empregador: ele passa a ter contato com uma realidade e com uma perspectiva diferentes da sua. Isso pode provocar novos comportamentos sociais, como as preocupações com medidas adaptativas em diferentes lugares da empresa, a importância de contratação de funcionário com deficiência etc. Isso resulta, portanto, na valorização do próprio indivíduo em sua visão sobre si e perante os demais. Aumenta, ao mesmo tempo, o autorrespeito e a estima social, o que se reflete também na ocorrência de menores violações de direitos.

Deve-se destacar que as relações buscadas pelo direito ao reconhecimento devem ser mútuas. Ele também não pode ser utilizado para discriminar. No caso da adaptação razoável, não faria sentido algum conceber um instrumento para combater a discriminação indireta e, com base no reconhecimento intersubjetivo, legitimar atos discriminatórios. Portanto, ainda quando não for possível o reconhecimento pela parte que possui o dever de acomodar, como na hipótese do empregador que se recusa veemente a adaptar sem que haja ônus indevido, remanesce a necessidade de promoção do direito ao reconhecimento do titular da adaptação razoável – no exemplo destacado acima, o empregado com deficiência.

Destaque-se, entretanto, que, ainda quando a pessoa que possui o dever de adaptar se negar a fazê-lo, uma vez sendo determinada a acomodação pelo poder público, por exemplo, remanesce a possibilidade de surgimento também da segunda relação de reconhecimento por parte do patrão, em decorrência da convivência entre empregador e empregado. Isso pode ocorrer, por exemplo, com a convivência diária com aquele funcionário antes excluído, com a observação dos motivos empíricos que ensejaram a necessidade de adaptar. Mas, mesmo que isso não ocorra, o direito ao reconhecimento não pode ser utilizado como mecanismo de discriminação e de violação da dignidade de membros de grupos vulneráveis.

Por fim, outro ponto relevante que deve ser mencionado é que a doutrina vem associando o reconhecimento à igualdade<sup>272</sup> e à solidariedade<sup>273</sup>, além da própria dignidade<sup>274</sup>. Tal fundamentação não é equivocada. De fato, ao igualar as pessoas, retirando as hierarquias entre elas e os demais, ao incentivar a solidariedade entre os seres sociais, promovem-se relações de reconhecimento intersubjetivo. Contudo, não se deve traduzir reconhecimento como sinônimo de igualdade (“igualdade como reconhecimento”), como alguns autores<sup>275</sup> vêm fazendo, nem de solidariedade. É certo que há uma relação intrínseca e sinérgica entre ambos. Mas igualá-los, como se fossem a mesma coisa, seria equivocado. O próprio Honneth<sup>276</sup> critica<sup>277</sup> essa relação entre reconhecimento e políticas identitárias que alguns filósofos fazem, como Fraser<sup>278</sup> e Markell<sup>279</sup>. Isso porque, segundo ele, o diferencial do reconhecimento seriam as relações intersubjetivas mútuas construídas dialogicamente em busca da soberania, da autodeterminação, da consideração do outro e da autorrealização<sup>280</sup>.

Portanto, não nego o papel fundamental desempenhado pela igualdade na eliminação de hierarquias, de barreiras sociais e na promoção da identidade de cada um, que desempenham uma função central na realização do reconhecimento intersubjetivo e nessa construção dialógica constante do *self*. A crítica aqui se dirige a tratar igualdade e reconhecimento como sinônimos, deixando de lado a sua faceta mais importante: a intersubjetividade. É notório, assim, que cada indivíduo tem uma chance igual de ser estimado<sup>281</sup>, buscando desenvolver relações intersubjetivas mútuas e, por conseguinte, o autorrespeito e a estima social. A adaptação razoável se insere nesse contexto ao acomodar pessoas no seio da sociedade, promovendo a

<sup>272</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49-50; PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-889, set./dez. 2008; BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011.

<sup>273</sup> SOUZA, Bruno Stigert. **O constitucionalismo solidário: responsabilidade, democracia e inclusão**. 2010. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 150-214.

<sup>274</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 255.

<sup>275</sup> No Brasil, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso vêm fazendo essa aproximação com base na teoria de Fraser. Confirmam-se as referências da nota de rodapé nº 269.

<sup>276</sup> HONNETH, Axel. Redistribution as recognition... Op. cit., p. 121-122.

<sup>277</sup> A crítica também é feita por MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 24, n. 70, p. 143-154, jun. 2009.

<sup>278</sup> FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics... Op. cit., p. 07-109.

<sup>279</sup> MARKELL, Patchen. **Bound by recognition**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

<sup>280</sup> HONNETH, Axel. Review article: a society without humiliation? **European Journal of Philosophy**, v. 5, n. 3, p. 306-324, dez. 1997.

<sup>281</sup> THOMPSON, Simon. **The political theory of recognition: a critical introduction**. Cambridge/Malden: Polity Press. 2006, p. 76.

integração com as demais. Ela elimina as barreiras sociais, combate a discriminação indireta e fornece valiosa ajuda no enfrentamento de hierarquias interpessoais. Dessa forma, é possível verificar uma relação intercambiável e sinérgica entre os direitos à adaptação razoável e ao reconhecimento. Ao realizar a acomodação, há um avanço significativo em direção ao reconhecimento, promovendo efeitos psicológicos e sociais positivos no indivíduo antes discriminado e na sociedade.

### 2.3.2. Alguns exemplos de aplicação de promoção de reconhecimento na adaptação razoável

Para ilustrar o que fora muito abstratamente delineado acima, trabalharei brevemente alguns exemplos de acomodação razoável que promovem o direito ao reconhecimento. Primeiro tratarei da acomodação para índios. Em seguida, analisarei brevemente um caso sobre liberdade religiosa. Tal escolha se deve ao fato de as acomodações para indígenas possuírem nuances muito específicas em relação às demais, em decorrência do multiculturalismo. Em relação à escolha da liberdade religiosa, entendo que o exemplo é uma boa amostragem para os demais casos em que é cabível a acomodação, atendendo satisfatoriamente bem os objetivos do presente capítulo.

Em relação à questão indígena, a abrangência da acomodação é clara, visto que a Constituição protege as manifestações culturais e a memória dos índios (art. 215 e 216, CF), bem como reconhece a eles o direito à realização de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, CF). Normativamente, ainda que não houvesse qualquer previsão expressa nesse sentido, uma política que não atendesse as demandas culturais dos índios acabaria por ignorar seus direitos culturais, sua dignidade, sua liberdade e o reconhecimento. É que eles possuem formas de viver e elaborar planos de vida distintos da parte majoritária da sociedade, como já mencionado anteriormente. Isso se reflete especialmente na organização da vida em comunidade, de modo mais coletivista e menos individualista, por exemplo. Uma posição de neutralidade do Estado acabaria por suprimir essa cultura, ao não realizar medidas que permitissem aos índios viver sua cultura sem interferências externas indevidas. Isso não nega a natureza dinâmica das culturas, a possibilidade de transformação e de abandono daquela cultura pelos próprios membros.

Sem embargo, isso deve ocorrer “de dentro para fora” e não “de fora para dentro”. Isso quer dizer que, uma vez que aquela comunidade deseja manter seus costumes e suas tradições,

o Poder Público deve, de maneira geral, se abster de interferir (faceta negativa) e também agir para impedir que outros o façam (faceta positiva).

Como já apontado, a adaptação razoável engloba todos aqueles ajustes e medidas necessários para que as pessoas possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Disso decorre que, aos índios, deve ser assegurada a possibilidade de se organizar dentro de sua comunidade, o que inclui a eleição de lideranças políticas, mecanismos de julgamento de seus pares e exercer seus costumes, tradições e crenças sem interferências externas *a priori*. Nesse sentido, tem-se a distinção formulada por Will Kymlicka entre proteções externas e restrições internas. As primeiras protegem os grupos das pressões e decisões da sociedade envolvente que podem prejudicá-los. As segundas dizem respeito às limitações aos direitos e liberdades dos membros da comunidade com o objetivo de garantir a coesão do próprio grupo, mantendo intactas suas culturas e tradições<sup>282</sup>. Embora sua segunda categoria seja questionável, visto que uma limitação de direitos e liberdades de um indivíduo em detrimento do grupo violaria seu valor intrínseco<sup>283</sup>, a primeira pode ser utilizada para a formulação de proteções aos estatutos jurídicos internos de cada grupo.

Nesse sentido, cumpre analisar ainda mais detidamente a teoria liberal do multiculturalismo de Kymlicka. Como desdobramento de sua formulação dialógica em proteções externas e restrições internas, o filósofo<sup>284</sup> defende que o Estado deve lidar com a diversidade cultural reconhecendo e promovendo direitos individuais e direitos diferenciados em função do grupo. Assim, além de direitos liberais, que atenderiam à questão individual, o Estado deveria também reconhecer três direitos à diferença em função do grupo: autogoverno, de representação especial e pluriétnicos.

Em relação ao primeiro, deve-se ter em consideração as características e a necessidade das minorias nacionais. O direito à autodeterminação se dirige a promover e a proteger a autonomia política e territorial das minorias étnicas, de modo que os territórios indígenas se traduzem em verdadeiras jurisdições, como unidades políticas controladas por um grupo

---

<sup>282</sup> Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 35-44.

<sup>283</sup> No mesmo sentido, v. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 272. Por honestidade intelectual, deve-se ressaltar que Will Kymlicka, em sua teoria liberal, entende que a pessoa, e não o grupo, deve ser o centro das preocupações. Cf. KYMLICKA, Will. **Liberalism, community and culture**. Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 242.

<sup>284</sup> A síntese desenvolvida refere-se à já citada obra *Multicultural citizenship*. Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. Op. cit.

étnico<sup>285</sup>. Essa interpretação do direito à autodeterminação coletiva seria uma forma de direito à soberania dos líderes desse grupo. Seria, assim, uma soberania que existe concomitantemente com a soberania estatal, como no sistema feudal de múltiplas soberanias sobrepostas (da Igreja e dos nobres com diversos títulos), em que não há um *locus* único de soberania que se sobrepõe a todas as demais instâncias (concepção moderna de soberania). Portanto, é necessário permitir a organização interna política da comunidade. Isso significa que ela tem autonomia para eleger seus próprios líderes internamente (o cacique, por exemplo), mas também possui a possibilidade de deliberar internamente qual o partido ou o político a ser votado nas eleições “externas”. Nesse sentido, cabe mencionar interessante julgado do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). No caso, investigava-se, no âmbito eleitoral, denúncia de abuso de autoridade supostamente cometido por cacique, que teria orientado os membros de sua tribo a votar nele em pleito para vereador. O TSE, acertadamente, afastou a condenação, sob o fundamento de que deveria haver o respeito, pela jurisdição estatal, da cultura tradicional dos povos indígenas, que se pauta pela admissão do papel do cacique de direção dos rumos políticos da comunidade étnica<sup>286</sup>. Além disso, como argumento adicional, na linha do que já fora explicitado acima, as comunidades indígenas têm uma organização coletiva mais forte em relação à sociedade envolvente. Nesse sentido, é comum que a decisão seja tomada mediante deliberação coletiva interna da aldeia e, após, seja efetivada pelos indivíduos, que agem com deferência em relação a essa escolha feita coletivamente.

Outro ponto relevante – decorrência lógica do autogoverno – diz respeito à aplicação de normas jurídicas internas. Deve-se assegurar a cada comunidade a elaboração de normas próprias de convívio, o que inclui não só normas civis, de organização e convivência geral (normas de direito civil, direito do trabalho, direito comercial etc.), mas também de normas

---

<sup>285</sup> Ibidem.

<sup>286</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 287-84.2012.6.16.0196. Relator Ministro Luiz Fux. Julg. 15 dez. 2015: “A análise dos fatos imputados ao cacique da aldeia indígena não justifica, em minha linha de raciocínio, a caracterização da prática de abuso de poder ou autoridade ou político. É que, quando examinada sob a ótica do direito à diferença, o direcionamento de votos da população indígena feito pelo cacique, então candidato a vereador, em hipótese alguma pode ser qualificado juridicamente como abuso de poder de autoridade ou político. A excludente da ilicitude eleitoral encontra lastro no reconhecimento do direito à diferença da tribo indígena, à observância dos seus hábitos, costumes e tradições.

[...]

De fato, diversamente da cultura em que estamos inseridos, dentro da qual os vínculos sociais intersubjetivos são mais amplos e há maior autonomia e encorajamento à elaboração de projetos existenciais, é próprio das comunidades tradicionais, como é o caso dos grupos indígenas, que os caminhos a serem trilhados pela aldeia e pelos membros sejam ditados pela capacidade de avaliação e escolha de sua liderança”.

penais. Dessa forma, o Estado deve, *a priori*, ser deferente quanto à autonomia das comunidades na elaboração de normas jurídicas internas, configurando verdadeiro pluralismo jurídico<sup>287</sup>.

Um caso que merece destaque e que ilustra bem essa necessidade de abertura e de desfazimento de preconceitos (e “pré-conceitos”) é o julgado da Corte Constitucional da Colômbia, referente à expulsão do índio da tribo *páez*, com a imposição da pena de dois *fuetazos*<sup>288</sup>, já mencionado na introdução.

Esse caso demonstra uma verdadeira abertura ao diálogo intercultural, que promove um enriquecimento do conteúdo dos direitos e evita o etnocentrismo. As pessoas e, sobretudo, as instituições devem buscar uma postura empática diante das tradições e das cosmovisões das populações tradicionais. É preciso tentar entender as razões que estão por trás das práticas incomuns e, muitas vezes, tidas como violadoras dos direitos humanos. Como corolário, é indispensável que o julgador, a autoridade ou qualquer pessoa que se depare com uma situação que exija a avaliação sobre a imposição de adaptação à necessidade especial daquela comunidade realize um genuíno esforço de alteridade para ouvir o outro e tentar se colocar em seu lugar, evitando imposições homogeneizadoras pelo simples fato de determinadas práticas não serem conhecidas pela cultura hegemônica<sup>289</sup>.

O diálogo intercultural não serve apenas para equacionar problemas ligados à diversidade cultural, mas deve ser também uma fonte de aprendizado tanto para a sociedade envolvente, quanto para os povos tradicionais. No Brasil e na Colômbia, em decorrência do estado de coisas inconstitucional, é bem possível que a grande maioria das pessoas preferisse dois *fuetazos* na parte interna da perna a ser condenado à pena privativa de liberdade – talvez esse resultado fosse bem parecido, mesmo que as prisões dos países se encontrassem em

---

<sup>287</sup> Sobre o pluralismo jurídico, é clássica a obra de SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito** parte 1. São Paulo: Cortez, 2014. O autor trabalha o famoso caso das normas internas da Favela do Jacarezinho – à qual atribuiu o nome de Pasárgada, já que, por ter realizado sua pesquisa no auge da repressão militar, tinha receio de represálias contra os moradores – frente à fonte de produção de normas jurídicas estatais. Ganham especial relevância os métodos de solução de conflito entre os próprios moradores e do envolvimento da associação de moradores nas questões da comunidade. A importância da sua obra é inegável. Mas entendo que a questão indígena difere bastante daquela levantada pelo sociólogo a respeito de Pasárgada. É que, no caso por ele analisado, a ausência do Estado e sua falta de preocupação com cidadãos considerados pelas elites como de “segunda categoria” impulsionou a utilização de mecanismos alternativos de solução de conflitos e de relacionamentos sociais. Por outro lado, no caso dos índios, existe uma comunidade com uma cultura que sempre se organizou de forma distinta da sociedade envolvente, ligada por traços, muitas vezes, ancestrais, e por pessoas que desejam, em geral, manter e dividir suas tradições, organizações e costumes.

<sup>288</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-523/97. Relator Carlos Gaviria Diaz. Julg. 15 out. 1997. O Estatuto do Índio prevê norma com o conteúdo semelhante ao da decisão: artigo 57 da Lei nº 6.001/1973: “Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.

<sup>289</sup> Nesse sentido também, ver SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 290.

condições dignas. Sem querer propor, neste trabalho, a substituição da pena privativa de liberdade pelos *fuetazos*, a grande questão é que deve haver uma abertura para aprendizados recíprocos – no caso, haveria inclusive a diminuição do hiperencarceramento com medidas muito menos violadoras de direitos do que a manutenção do índio em um estabelecimento prisional lotado e com estrutura deficitária.

Em outro caso, a Corte Constitucional da Colômbia<sup>290</sup> decidiu que, como regra geral, independentemente da jurisdição aplicável – se a indígena ou a da sociedade envolvente –, os membros das comunidades tradicionais não devem cumprir penas em estabelecimentos ordinários de reclusão, visto que a maioria dos costumes indígenas não concebem a pena de encarceramento como uma forma de sanção a um comportamento reprovável. Além disso, tal repressão estatal desconheceria abertamente a livre determinação dos povos indígenas, o pluralismo jurisdicional do Estado colombiano e, com ele, a Convenção 169 da OIT, que admite a existência de instituições especiais das comunidades indígenas, assim como a autonomia e a independência dessa jurisdição.

Na *Sentencia* nº C-882/11<sup>291</sup>, a Corte entendeu que a folha de coca seria um elemento fundamental do ponto de vista cultural, religioso, medicinal e alimentício, para várias comunidades indígenas do país. Por esse motivo, os vários instrumentos normativos e a jurisprudência constitucional reconheceram que os usos ancestrais da planta se encontram amparados pela Constituição da Colômbia, em particular, pelo direito à identidade cultural e à autonomia desses povos. Assim, a proibição do uso e do consumo de substâncias estupefacientes e psicoativas não seria aplicável dentro dos territórios indígenas, nem aos membros das comunidades quando o porte e o consumo estão associados com práticas ancestrais.

Outro julgado interessante proferido pela Corte determinou que o indígena julgado à luz do direito penal nem sempre deve ser tratado como alguém que compreende e conhece a ilicitude de um ato<sup>292</sup>. O juiz, caso a caso, deve fazer um estudo sobre a situação particular do

---

<sup>290</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-642/14. Relatora Martha Victoria Sáchica Méndez. Julg. 04 set. 2014.

<sup>291</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº C-882/11. Relator Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Julg. 23 nov. 2011.

<sup>292</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-496/96. Relator Carlos Gaviria Diaz. Julg. 26 set. 1996. Ver também o artigo 56 da Lei nº 6.001/1973, que prevê a redução da culpabilidade proporcional à integração do índio em relação à sociedade envolvente para a compreensão da ilicitude: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado”.

indígena, observando seu nível de consciência étnica e o grau de influência dos valores ocidentais hegemônicos para estabelecer se, de acordo com seus parâmetros culturais, ele sabia que estava comentando um ato ilícito. Se concluir pela falta de compreensão do conteúdo e do alcance social de sua conduta, o juiz deverá concluir que a conduta é de uma diferença valorativa, e não de uma inferioridade nas capacidades intelecto-volitivas, o que, por conseguinte, ensejará a devolução do índio para que seja julgado por sua própria comunidade.

Sobre esses aprendizados, ainda no âmbito do Direito Penal, deve-se mencionar o interessante relato de um júri composto somente por indígenas da etnia Macuxi para julgar seus pares. O cacique classificou como brutal o procedimento penal dos brancos, especialmente frente à comunidade que estava acostumada a se ajudar para resolver os próprios problemas<sup>293</sup>. Essa solução alternativa – de a própria comunidade se ajudar para resolver problemas, inclusive aqueles ligados ao Processo Penal e à aplicação do Direito Penal – se assemelha bastante com um procedimento de resolução alternativa de conflitos que vem sendo desenvolvida pela doutrina penalista de vanguarda: a justiça restaurativa<sup>294</sup>.

De modo geral, a justiça restaurativa acredita que, por meio da mediação, o ofensor e a vítima são as partes que melhor podem resolver seus problemas e controvérsias, sem que seja necessária a intervenção do Estado para isso – incluindo a realização de persecução penal. É uma medida despenalizadora e que traz para o centro do litígio a vítima, que, no processo penal ordinário, é deixada de lado. Assim, aumenta-se a possibilidade de satisfação da vítima, com uma melhor composição do conflito sem que seja necessária, na grande maioria das vezes, a imposição de pena privativa de liberdade. Dessa forma, nota-se que há, na ideia de justiça restaurativa, um pouco da tradição indígena de deixar que a comunidade resolva seus próprios problemas. Os casos narrados acima demonstram a importância e os ganhos que a troca permitida pelo diálogo intercultural pode ensejar tanto para as comunidades quanto para a sociedade envolvente.

---

<sup>293</sup> Confira a reportagem: COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu por tentativa de homicídio. **G1**, 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

<sup>294</sup> É vasta a bibliografia sobre o assunto. Dentre outros, cf. MORGADO, Helena Zani. **Justiça restaurativa como método adequado de solução de controvérsias penais**: subsídios para uma gestão não violenta. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017; SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015; ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.



Em relação aos direitos de representação especial<sup>295</sup>, eles têm como objetivo garantir a participação das minorias nacionais e dos grupos étnicos nas instituições políticas da cultura hegemônica. Seu propósito é assegurar que as minorias culturais tenham voz e que elas sejam escutadas pelos setores majoritários nos espaços onde se adotam medidas que os afetam. Essa medida tem nítido compromisso com a democracia, visto que permite uma deliberação mais plural no debate público, com a participação de todos os grupos potencial ou efetivamente envolvidos. Além da ideia de paridade participativa de Fraser<sup>296</sup>, essa medida tem um forte apelo habermasiano, na medida em que busca otimizar a máxima de que todos os cidadãos devem se ver como coautores e destinatários da lei, garantindo que todos os cidadãos possam influir nos rumos da vida em sociedade<sup>297</sup>. Essa lógica decorre da ideia de que “o outro vê o ponto cego”<sup>298</sup>.

No Brasil, há necessidade de oitiva de comunidades tradicionais cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente, conforme previsão da Convenção nº 169 da OIT (artigos 6º.1, alínea “a”, 15.2, 17.2, 22.3, 27.3 e 28.1), incorporada ao ordenamento interno pelo Decreto 5.051/2004. As normas da Convenção certamente contribuem para a inclusão das comunidades tradicionais no debate público, obrigando que o Poder Público e os particulares ouçam as demandas locais. Outro mecanismo que ampliaria a voz das comunidades e seria um avanço maior que a Convenção nº 169 da OIT seria a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 320/2013 (PEC 320/2013).

Em síntese, o interessante projeto visa a conceder direitos de representação especial aos índios, conferindo à totalidade das comunidades indígenas tratamento análogo ao de um Território, o que implica a criação de quatro vagas específicas para deputados federais indígenas. A PEC faculta, ainda, que, quando do alistamento, os indígenas domiciliados em comunidades poderiam optar por votar nas eleições gerais ou por votar nas eleições específicas para candidatos à representação especial destinada aos povos indígenas<sup>299</sup>. Em que pese o

<sup>295</sup> Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. *Op. cit.*

<sup>296</sup> Cf. FRASER, Nancy. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. **The Tanner Lectures on Human Values**, Stanford University, 1996. Disponível em: <[http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf)>. Acesso em: 09 out. 2016.

<sup>297</sup> Ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. *Op. cit.*

<sup>298</sup> Essa observação foi feita por NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>299</sup> Confira-se o texto da PEC: "Art.45 A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, e de representantes indígenas eleitos em processo eleitoral distinto, nas comunidades indígenas.

§ 3º A totalidade de comunidades indígenas receberá tratamento análogo a Território, elegendo quatro Deputados indígenas em processo eleitoral abrangendo todos os eleitores com domicílio eleitoral em comunidades indígenas.

projeto ser passível de várias críticas, como o tratamento homogeneizador das comunidades étnicas e da falta de proporcionalidade na representação, a aprovação da PEC seria uma medida adaptativa que promoveria a paridade participativa e a pluralidade do debate público.

No tocante aos direitos pluriétnicos, eles são concebidos com o objetivo de proteger a livre expressão e a promoção do legado cultural dos grupos étnicos<sup>300</sup>. Nos três tipos de direitos específicos propostos por Kymlicka, há uma preocupação com a promoção de igualdade e de reconhecimento. Contudo, os direitos de representação e pluriétnicos não configuram acomodação razoável, mas políticas públicas independentes, como, por exemplo, ações afirmativas. Somente o autogoverno estaria relacionado à adaptação razoável, porque demanda para o grupo direitos ao exercício da própria cultura, dos costumes e das normas comunitárias, que devem ser garantidos pelo Estado.

As adaptações podem ocorrer tanto na promoção de direitos coletivos do grupo, quanto do indivíduo frente à sociedade envolvente e do indivíduo frente à sua comunidade minoritária. É dizer: a adaptação ocorrerá tanto no respeito às normas, costumes e tradições indígenas pelo Poder Público, ou seja, nas proteções contra ataques externos, quanto na promoção de direitos indígenas nas relações com a sociedade envolvente. Assim, um indígena não pode ser proibido de ingressar em uma repartição pública caracterizado de acordo com seus costumes (a título exemplificativo, ele não pode ser impedido de entrar em um Tribunal de Justiça com o rosto pintado ou utilizando seu cocar). Ele também não poderá ser punido por não realizar determinada obrigação vedada por seus costumes e tradições. Dessa forma, não basta apenas a promoção de medidas igualitárias, com a retirada de barreiras ambientais e sociais. Impõem-se ajustes de igualdade e reconhecimento com a proteção da organização social, das práticas e dos costumes das comunidades, protegendo-as contra pressões externas que ameacem aquele modo de vida, especialmente com a proteção dos direitos territoriais das comunidades (art. 231, CF). Eles são essenciais, já que o território é o lugar onde, por excelência, as comunidades desenvolvem suas práticas culturais (autonomia territorial<sup>301</sup>), razão pela qual o Poder Público

---

§ 4º Quando do alistamento eleitoral, os indígenas domiciliados em comunidades indígenas poderão optar por votar nas eleições gerais ou por votar nas eleições específicas para candidatos à representação especial destinada aos povos indígenas.

§ 5º A distribuição geográfica das vagas especiais para Deputado Federal destinadas aos povos indígenas, assim como as normas relativas ao processo eleitoral nas comunidades indígenas serão estabelecidas em lei”.

<sup>300</sup> Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Op. cit.

<sup>301</sup> Como afirma Daniel Bonilla Maldonado, a autonomia territorial visa aos seguintes objetivos: “[p]ermite aos grupos aborígenes determinar autonomamente as suas necessidades e a maneira como devem ser satisfeitas e permite a consolidação e a reprodução da forma de vida dos grupos”. (MALDONADO, Daniel Bonilla. **La constitución multicultural**. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2006, p. 201).

deve, inclusive, desapropriar os terrenos em que se encontrem particulares, caso neles a comunidade tenha algum vínculo cultural ou de identidade<sup>302</sup>.

Assim, a acomodação razoável dos direitos dos indígenas deve obedecer aos seguintes parâmetros. Em primeiro lugar<sup>303</sup>, o Estado deve ser imparcial – e não neutro – frente às culturas existentes. Ele não deve impor nenhuma perspectiva cultural sobre os cidadãos, mas deve reconhecer e acomodar todas as culturas que, razoavelmente, o habitam. Como bem lembra Maldonado, a política de “indiferença benigna” do Estado frente à cultura é somente uma forma de obscurecer a proteção e a promoção das tradições das majorias por meio das instituições e das práticas estatais. O Estado deve equilibrar ativamente os interesses e necessidades das culturas que coexistem em seu interior, distribuindo recursos políticos, legais e econômicos da coletividade de modo a acomodar justamente as necessidades e as aspirações legítimas das várias culturas que habitam o país. Essa concepção permite o diálogo intercultural mencionado acima, sem que a cultura hegemônica se imponha, *a priori*, sobre as outras, de modo a haver espaço para aprendizados recíprocos. Essa prática tem a ver também com o modo sinérgico e dialógico como a identidade individual e coletiva é construída. Dessa forma, há uma promoção do reconhecimento, na medida em que os indivíduos e grupos constroem sua identidade por meio de trocas recíprocas entre indivíduos e grupos. Caso contrário, a falta de reconhecimento ou o falso reconhecimento geraria a opressão de determinados grupos, cujos meios de viver e pensar o mundo seriam excluídos da sociedade.

Em segundo lugar<sup>304</sup>, deve ser assegurada a autonomia política e jurídica das comunidades indígenas. As comunidades que não querem se integrar à cultura dominante devem ter o direito de manter sua organização, seus costumes e tradições, reproduzindo seus modos de vida. Obviamente, isso não significa que o Estado deva intervir para “salvar” a cultura quando essa não for a vontade dos membros da comunidade. Sem embargo, se essa comunidade estiver lutando por reconhecimento e pela manutenção de sua cultura, o Estado deve garantir a proteção dessas minorias contra ataques externos. Nesse sentido, pode-se citar o caso *Arhuaco*, julgado pela Corte Constitucional da Colômbia<sup>305</sup>. A atuação missionária evangélica, no interior da aldeia indígena, estava rompendo com a unidade e harmonia da comunidade *Ika* e corroendo sua cultura, muito centrada na religião ancestral do grupo. Diante disso, as autoridades

---

<sup>302</sup> Ver SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 283.

<sup>303</sup> As ideias que serão desenvolvidas a seguir têm por base a obra de MALDONADO, Daniel Bonilla. Op. cit., p. 271.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>305</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* SU-510/1998.

indígenas expulsaram os religiosos brancos, proibiram a realização de cultos na reserva e puniram os membros da comunidade que tinham se convertido.

A Corte manteve as decisões de expulsar os missionários brancos e de vedação aos cultos, mas afastou a punição dirigida aos membros da comunidade que apenas se converteram, sob o argumento de que essa punição violava o núcleo essencial da liberdade de consciência. Afirmou, ainda, que, embora a comunidade não pudesse sancionar os integrantes que se converteram para a nova religião, eles poderiam aplicar as sanções, se esses integrantes não observassem as normas e as tradições comunitárias, mesmo sob o fundamento de que essas normas e tradições seriam vedadas pela sua crença religiosa. Por outro lado, a Corte assegurou aos dissidentes religiosos indígenas o direito de se ausentar da reserva para participar de cultos, sem que fossem impedidos pela autoridade do grupo. Como se pode observar, essa interessante questão demonstra como é delicada a resolução desses conflitos: estavam em jogo os direitos de parte de um grupo cultural minoritário que, se não fosse protegido, seria privado de exercer legitimamente sua concepção de vida boa, em decorrência da expansão da religião dominante.

Em terceiro lugar<sup>306</sup>, os limites ao autogoverno das comunidades indígenas devem ser aqueles valores interculturalmente aceitos que, em caso de violação, justificariam uma intervenção coletiva na vida de qualquer comunidade política e juridicamente autônoma. Esses valores estão expressos em direitos fundamentais essenciais, como a proibição da tortura, a pena de morte e a escravidão. São valores morais mínimos que estão no centro da sociedade brasileira e expressos como fundamentos morais na Constituição de 1988, especialmente quando se fala da dignidade humana.

Em quarto lugar<sup>307</sup>, está o direito de saída: os membros do grupo devem ter a possibilidade de abandonar a sua comunidade, integrando-se à cultura dominante ou à outra minoria cultural. Note-se que essa saída deve ser uma possibilidade real, de modo que os dissidentes devem poder levar consigo bens e materiais ou mesmo ser ressarcidos por aqueles que não possam levar. O direito de saída é uma decorrência lógica da dignidade humana. Afinal, é o indivíduo e não a cultura ou o grupo o seu objeto<sup>308</sup>. Contudo, nessa equação, não se pode perder de vista que a pessoa deve ser concebida como um ser enraizado, que possui vínculos e relações constitutivas da sua identidade<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> MALDONADO, Daniel Bonilla. Op. cit., p. 275-276.

<sup>307</sup> Ibidem, p. 281.

<sup>308</sup> Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 297.

<sup>309</sup> Ibidem.

Em quinto lugar<sup>310</sup>, a transformação dos critérios que governam a coexistência de diferentes culturas deve se realizar por meio de diálogos interculturais. Caso alguma comunidade que habite o país – qualquer que seja ela; dominante ou não – deseje mudar os *standards* que regulam a coexistência de culturas e/ou as regras para a sua interpretação, devem ser desenvolvidos diálogos interculturais. Esse parâmetro leva em conta a já mencionada ideia de que as culturas não são estáticas e que os melhores resultados para a difusão e incorporação de direitos humanos em outras culturas, como o desenvolvimento de ideias que desempenham um papel equivalente – os chamados “equivalentes homeomórficos”<sup>311</sup> –, são alcançados por meio dos diálogos interculturais, modelo esse conhecido como hermenêutica diatópica<sup>312</sup>.

No tocante à liberdade religiosa, há também exemplos ligados a adaptações individuais e coletivas para a promoção do reconhecimento intersubjetivo. Em relação ao primeiro caso, vários já foram os exemplos ao longo deste trabalho, apesar de não trabalhados sob a ótica do reconhecimento. O já mencionado julgado *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*<sup>313</sup>, ao afirmar que “discriminação no ambiente de trabalho é uma questão que respeita a todos”, se preocupou em gerar relações de reconhecimento intersubjetivo entre os demais empregados, os empregadores e o Sr. Larry Renaud, que demandava a acomodação. O demandante era adventista de sétimo dia e buscava a acomodação de sua reivindicação de não ser obrigado a trabalhar no sábado, seu dia de guarda. A Corte, por unanimidade, reconheceu a discriminação perpetrada contra o Sr. Renaud e que, por conseguinte, haveria um dever de acomodar crenças religiosas dos empregados por parte do empregador até o ônus excessivo (*undue hardship*). Tal direito prevaleceria até mesmo diante da existência de acordos coletivos ou contratos privados. A Corte passa a mensagem que o problema da discriminação pertence a todos, assim como a busca pela sua eliminação.

Como já mencionado acima, tal caso de adaptação individual promove o reconhecimento intersubjetivo, na medida em que favorece trocas com diferentes religiões, o que permite, conseqüentemente, o contato com distintas visões de mundo e com as necessidades do outro. O pluralismo promovido no local de trabalho ajuda a naturalizar as diferenças como

<sup>310</sup> MALDONADO, Daniel Bonilla. Op. cit., p. 282.

<sup>311</sup> Cf. PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? Tradução de: Roberto Cataldo de Costa. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209-210.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 207-208. Ver também SHACHAR, Ayelet. **Multicultural jurisdictions...** Op. cit.; SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 443-451.

<sup>313</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Okanagan School District No 23 v Renaud*, [1992] 2 SCR 970.

algo inerente à sociedade, promovendo o compartilhamento e o enriquecimento das experiências pessoais de vida. Dessa forma, o direito à adaptação razoável tem o potencial de promover o direito ao reconhecimento em duas frentes: na promoção da igual identidade e no desencadeamento de relações intersubjetivas, com o respeito aos direitos alheios, com o desenvolvimento de autorrespeito e com o aumento da estima social, especialmente do indivíduo que antes era excluído e, agora, passa se sentir como membro da comunidade.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no início dos anos de 1990, julgou o caso *Employment Division of Oregon v. Smith*<sup>314</sup>. A Corte entendeu que o Estado pode negar o seguro desemprego de pessoa despedida pelo uso de peiote (um tipo de cacto que contém substância psicotrópica) em rituais religiosos. Um dos fundamentos pode ser extraído da opinião do *Justice Scalia*, no sentido de que a liberdade religiosa não dispensaria uma pessoa da obrigação de cumprir uma lei que proíbe ou que exige a realização de uma conduta, se a lei não é voltada especificamente para a prática religiosa.

Sem embargo, no precedente *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*<sup>315</sup>, a Corte permitiu a utilização do chá feito à base de ayahuasca, uma planta com substâncias psicotrópicas, em rituais religiosos. O Tribunal assentou que o governo não teria demonstrado um imperioso interesse estatal (*compelling interest*) na aplicação do *Controlled Substances Act* ao sacramento de utilização do chá pela União do Vegetal. Essa alteração na jurisprudência tem origem na edição do *Religious Freedom Restoration Act* de 1993, editado em resposta ao *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*. O novo diploma proíbe o Governo Federal de limitar substancialmente o exercício individual da religião, mesmo se essa limitação resultar de uma norma de aplicabilidade geral. A exceção ocorreria quando o governo pudesse demonstrar que a aplicação limitaria a liberdade pessoal em nome de um interesse imperioso governamental (*compelling government interest*) e quando fosse o meio menos restritivo de atingir aquele interesse – ou seja, a Corte passou a utilizar o escrutínio estrito para lidar com as questões religiosas. Portanto, os argumentos apontados não foram suficientes para promover uma restrição na liberdade religiosa.

---

<sup>314</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>315</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

A Corte Constitucional da Colômbia<sup>316</sup> garantiu a um preso que havia se convertido há 9 anos ao islamismo a possibilidade de exercer sua liberdade religiosa e de culto nos estabelecimentos prisionais. Apesar de estar em uma relação especial de sujeição, a Constituição protegeria tanto a possibilidade de professar, de maneira privada e silenciosa, o credo de preferência da pessoa, quanto a difusão e a realização de atos públicos associados a convicções espirituais. Além das manifestações sociais de culto, a Carta permitiria ao praticante que se negasse a realizar condutas que vão contra a sua consciência. Para o crente, é de importância cardinal a coerência de sua vida pessoal com os dogmas da sua religião, visto que ela determina a maioria de seus projetos de vida pessoal.

Em relação à liberdade de cultos, a Corte afirmou que se trata de uma garantia que não conta com atribuições absolutas que permitam desconhecer outros direitos fundamentais igualmente protegidos. A liberdade de culto seria um dos direitos a ser garantidos para a população reclusa, mas o seu gozo deve estar dentro do marco de segurança e ordem os estabelecimentos penitenciários. Essa garantia defende que as pessoas levem um modo de vida que seja a expressão cabal de suas convicções religiosas mais arraigadas, devendo qualquer restrição estar precedida de uma análise de razoabilidade e proporcionalidade. Do contrário, se imporia ao crente uma carga desproporcional de não cumprir com os dogmas de sua religião, sem que isso fosse necessário para a proteção de um interesse público. Nesse ponto, o amparo à liberdade religiosa resulta inútil se o Estado se nega a resguardar as manifestações mais valiosas da experiência religiosa, que constituem fonte de satisfação para cada pessoa. O sofrimento decorrente da incoerência entre o credo religioso e a conduta pessoal obrigaria as autoridades penitenciárias a, na maior medida possível, garantir que os internos sejam fiéis ao seu credo.

Diante dessas premissas, a Corte verificou que a apresentação pessoal e a dieta podem constituir aspectos do gozo da liberdade de culto objeto de proteção no interior dos estabelecimentos penitenciários. A visibilidade da religião faz surgir aspectos distintos que implicam um abandono da esfera privada do indivíduo para fazer parte da esfera pública da sociedade. Por meio de símbolos, como o respeito a datas sagradas, a possibilidade de construir templos, o porte de distintos símbolos religiosos e o apego a uma dieta específica, uma determinada apresentação pessoal pode constituir uma manifestação externa de uma crença

---

<sup>316</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia nº T-077/15. Relator Jorge Iván Palacio Palacio. Julg. 22 fev. 2015. Confirma-se o caso similar envolvendo também um preso, que se encontra em relação especial de sujeição, julgado pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE UNIÃO EUROPEIA. *Jakóbski v. Poland*, nº 18429/06, 07 dez. 2010.

religiosa. Ainda que os regulamentos dos distintos estabelecimentos prisionais exijam que os internos raspem sua barba e utilizem cabelos curtos por razões de higiene e segurança, e, em outros casos, requeiram o uso de uniformes, as autoridades carcerárias não podem aplicar irrefletidamente tais restrições dentro de uma ordem constitucional como a que rege a Colômbia.

Assim, a Corte, de forma correta, assegurou o direito do demandante muçulmano ao exercício da sua liberdade religiosa e de culto, determinando que o estabelecimento carcerário deixasse crescer a barba e o cabelo dos detentos que alegassem motivos religiosos e que providenciasse uma dieta alimentícia de acordo com as convicções religiosas dos presos.

Aos julgados mencionados acima, aplica-se a mesma lógica do reconhecimento no caso *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*: a promoção do direito à adaptação razoável promove o direito ao reconhecimento do seu titular. Seja no exercício da sua identidade, seja na visão do *self* como um ser moral e que tem suas escolhas respeitadas, seja no autorrespeito, seja na estima social, a promoção da igualdade substantiva pelo Estado auxilia no alcance do reconhecimento intersubjetivo, já que remove barreiras sociais, retira a hierarquia entre as pessoas e permite a convivência com o diferente, naturalizando relações entre excluídos e incluídos.

No caso do preso, a negação da acomodação pleiteada se traduziria em verdadeira violação psicológica, afetando seu autorrespeito e a imagem que possuía de si, provavelmente já abalada pelo fato de estar preso. A denegação do exercício da liberdade religiosa, de acordo com os dogmas e as práticas do Islã, impossibilitando, como bem afirmou a Corte, a coerência entre o credo religioso e a conduta pessoal, seria não só uma violação ao exercício às iguais liberdades, à sua identidade, mas à maneira como ele mesmo se vê e como os demais atores sociais enxergam aquele preso, tal como sua família e sua comunidade religiosa. Além da segunda, estaria violada também a primeira esfera do reconhecimento (respectivamente o direito e o amor). Portanto, a adaptação razoável garantiu, além da igualdade (iguais liberdades), o direito ao reconhecimento do preso. As medidas contra a subordinação (antissubordinação), tais como os ajustes razoáveis, permitem a eliminação de discriminações que afetam a personalidade e a posição social do indivíduo.

Como mencionado acima, a adaptação razoável não se esgota no âmbito individual, tendo também uma dimensão coletiva. Apontei, nos exemplos sobre acomodações indígenas, diversos exemplos ligados ao pluralismo jurídico, à capacidade de cada tribo se organizar internamente e se reger por essas regras, instituindo, inclusive, um autogoverno coletivo



próprio. Sem embargo, os povos tradicionais não são os únicos que vivem em comunidade e que têm traços coletivos reforçados. Em uma sociedade plural, como a brasileira – e como muitas outras espalhadas pelo mundo –, dificilmente não existem grupos com interesses comuns que se unem para partilhar determinada concepção de vida e certo modo de vivê-la. Isso acontece, por exemplo, na religião: pessoas partilham determinada religião, suas crenças, seus hábitos e seus ensinamentos e, em maior ou menor medida, resolvem viver de acordo com os dogmas de seu credo. Portanto, a lógica coletivista aplicada aos índios também se aplica no caso da liberdade de religião.

Veja-se, a título exemplificativo, interessante julgado proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). O caso discutia o tratamento jurídico a ser conferido à prestação de serviços por clérigos e pastores em entidades religiosas, mais especificamente se tal relação configuraria vínculo de emprego<sup>317</sup>. A questão fática originou-se do pedido de um pastor evangélico, que ingressou na Justiça do Trabalho buscando o reconhecimento de seu vínculo de emprego com a igreja a que pertencia e, por conseguinte, as verbas decisórias a que faria jus em decorrência dessa relação.

A dúvida é se haveria ou não subordinação entre o clérigo ou o pastor e a instituição religiosa e se haveria pagamento de salário. O TST<sup>318</sup>, de forma acertada, reconheceu que “o vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena”. Assim, a subordinação existente seria de “índole eclesiástica, e não empregatícia, e a retribuição percebida diz respeito exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso”. Ao fim, o TST entendeu que prevalece a liberdade de organização religiosa, não devendo o Estado intervir, em geral, na demissão ou seleção de clérigos.

O julgado, de forma acertada, permite e valoriza a auto-organização da instituição religiosa, a forma como pastores, clérigo, mãe e pai de santo, babalorixá, entre outras autoridades religiosas conduzirão a instituição e também serão conduzidos por seus superiores

---

<sup>317</sup> Os requisitos para a configuração de vínculo empregatício estão no artigo 3º, *caput* da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

<sup>318</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 74040-42.2005.5.05.0024. Sétima Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julg. 27 ago. 2008. Publicado em 05 set. 2008. Há muitos outros julgamentos no mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1143-63.2010.5.03.0002. Sexta Turma. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. Julg. 12 mar. 2014; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 93000-38.2008.5.17.0014. Quinta Turma. Relator Ministro Emmanoel Pereira. **DEJT** 19 abr. 2011; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 9644400-72.2003.5.04.0900. Primeira Turma. Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa. Julg. 11 fev. 2009. Publicado em: 20 fev. 2009.

hierárquicos. A lógica da comunidade religiosa é diferente daquela a ser aplicada pelo Estado em relação aos seus cidadãos. Religiões não podem ser obrigadas a realizar casamentos de pessoas do mesmo sexo. Também podem vedar que determinado grupo de pessoas participe de seus cultos e entrem em suas propriedades e seus prédios, como indivíduos que não professam aquela fé. Podem também expulsar de sua comunidade tanto fiéis quanto pessoas com cargos dentro da instituição, como padres, clérigos, pastores, mãe-pequena ou pai-pequeno, capitães de terreiro.

Além disso, possuem regras próprias de organização que podem ser mais ou menos densas. O direito canônico possui normas e organizações extremamente complexas sobre os dogmas, os mandamentos, as tradições e as questões políticas internas da Igreja Católica, o modo de eleição dos papas etc. Por outro lado, na umbanda, não há um órgão centralizador, como o Vaticano. Em um terreiro de umbanda, o pai ou a mãe de santo estabelecem regras mais simplórias e possuem o comando daquele terreiro, utilizando sua autoridade para gerir os trabalhos desenvolvidos naquele ambiente.

É evidente que também para o exercício da liberdade religiosa é essencial tanto a adaptação razoável no âmbito individual, quanto no coletivo. Relembre-se que a própria tese de Boaventura de Sousa Santos<sup>319</sup> se passa na favela do Jacarezinho do Rio de Janeiro. Dessa forma, a liberdade religiosa também exige a possibilidade de auto-organização, com a edição de normas, de estruturas hierárquicas e de comando próprios para decidir sobre os rumos da comunidade, bem como, à luz de seus dogmas e de seus fundamentos, de certa independência em relação a determinadas normas impostas ao Estado.

Tal aspecto coletivo promove o reconhecimento, na medida em que permite que as comunidades religiosas possam viver de forma autônoma e decidir sobre o próprio futuro da sua crença. Permite que os membros da comunidade desenvolvam autorrespeito e estima na sociedade, especialmente quando envolver religiões minoritárias. Favorece também o aprendizado recíproco, ajudando a superar preconceitos comuns nas sociedades<sup>320</sup>. Por fim, se não valorizar as relações entre os grupos religiosos e a sociedade, reforça também os laços comunitários entre aqueles que professam aquela religião.

---

<sup>319</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos...** Op. cit.

<sup>320</sup> É comum, por exemplo, a discriminação de muçulmanos em países ocidentais, associando-os a terroristas.

## 2.4. Conclusões parciais

Ao longo deste capítulo, procurei demonstrar a importância da acomodação razoável na promoção do reconhecimento intersubjetivo. Assim, as premissas desta parte do trabalho estão embasadas, em primeiro lugar, em um direito ao reconhecimento. O reconhecimento está ligado à proteção estatal às culturas, à solidariedade, à igualdade e também à autonomia. Por envolver a proteção e a promoção de valores morais tão importantes na sociedade e pela sua essencialidade para a dignidade, o direito ao reconhecimento pode ser caracterizado como um direito fundamental.

A adaptação razoável possui como objetivo realizar valores morais centrais presentes na Constituição de 1988 e que figuram como direitos fundamentais, como igualdade, liberdade, autonomia, dignidade, inclusão e reconhecimento. Ao realizar ajustes, medidas, isenções ou exceções para promover o gozo e o exercício de iguais direitos e liberdades, ao conferir a cada pessoa valor intrínseco e pessoal para combater práticas indiretamente discriminatórias, a adaptação razoável coloca as pessoas no mesmo patamar. A convivência com o diferente e o pluralismo nos diversos espaços sociais tendem a gerar relações de reconhecimento e a diminuição dos atritos sociais. A pessoa excluída passa a se ver como igual merecedora de respeito e consideração.

Assim, a visão que o indivíduo possui de si e seu autorrespeito são incorporados no *self*. As trocas intersubjetivas podem promover estima social. Ao igualar as pessoas, retirando as hierarquias entre elas e os demais, e ao incentivar a solidariedade entre os seres sociais promovem-se relações de reconhecimento intersubjetivo, que devem ser construídas dialogicamente em busca soberania, autodeterminação, consideração do outro e autorrealização.

### 3 ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: FUNDAMENTOS, PRESSUPOSTO E UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO

Difícil compreender como no vasto mundo falta espaço para os pequenos.

*ANDRADE, Carlos Drummond. O Averso das Coisas: Aforismos. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1990.*

#### 3.1 Introdução

Discuti, nos dois primeiros capítulos, fundamentos teóricos da adaptação razoável. Nesse sentido, busquei responder quais os marcos teóricos filosóficos e jurídico-constitucionais embasam o conteúdo do direito à adaptação razoável. Dessa forma, no primeiro capítulo, demonstrei que a adaptação razoável extrai parte de seu alicerce na ideia de igualdade substantiva, o que, para este trabalho, significa que as pessoas devem ser consideradas como merecedoras do exercício e do gozo de iguais liberdades fundamentais e devem ter seu valor intrínseco e subjetivo levado a sério. Disso se extrai a justificativa para o enfrentamento de discriminações indiretas, que, como visto, originam ou mantêm as relações de subordinação, que inferiorizam os membros de minorias políticas. No outro lado da moeda, está a igualdade como fim: a adaptação razoável deve se dirigir para a promoção dessa igualdade substantiva, possibilitando a eliminação ou a mitigação, de forma suficiente, dos efeitos da discriminação indireta sobre suas liberdades e sobre seu valor.

Além disso, demonstrei, nessa mesma parte do trabalho, o potencial que a acomodação razoável possui para o fortalecimento da democracia deliberativa e representativa. A igualdade é um pressuposto para uma melhor deliberação no espaço público e também o é em relação à representatividade de minorias excluídas, possibilitando uma reprodução mais fiel da sociedade no espaço público. Essa conexão entre igualdade e democracia, como demonstrado, tem uma relação intrínseca e sinérgica com a adaptação razoável, na medida em que ela é, por excelência uma decorrência lógica do princípio da igualdade. A democracia é, portanto, também uma consequência da acomodação.

No segundo capítulo, trabalhei as relações de reconhecimento intersubjetivo. Busquei definir, em primeiro lugar, qual o lugar da teoria hegeliana no Direito. Após identificar o conteúdo do direito ao reconhecimento e a sua função de norte interpretativo dos demais direitos, bens e objetivos constitucionais, assim como a sua incidência em outras situações

jurídicas, servindo de bússola para encontrar o caminho interpretativo que promova o reconhecimento intersubjetivo, busquei demonstrar como ele se relaciona com a acomodação razoável.

Embora, nos capítulos anteriores, tenha sido percorrido um bom caminho para delimitar o conceito da adaptação razoável, ainda há questões importantes para se discutir. Existem algumas perguntas ainda sem respostas. Citei, ao logo do trabalho, diversos exemplos que tratei como se fossem adaptações razoáveis, como, por exemplo, os relacionados à liberdade religiosa, aos direitos culturais de comunidades tradicionais, aos ajustes relacionados a pessoas com deficiência. Entretanto, apenas tratei até aqui da igualdade, do reconhecimento e da democracia. Afinal, qual o conceito de adaptação razoável? Quais são os seus fundamentos? Eles se limitam aos três tratados nos capítulos anteriores? Ou apenas à previsão contida no artigo 2º da CDPD? Destrinchando ainda mais esse direito, deve-se perguntar: o que é razoável? Quais os limites e a relação da adaptação razoável com outros direitos e metas constitucionais? Quem tem o dever de adaptar?

Este capítulo, portanto, tem como objetivo responder essas questões, sanando as dúvidas do leitor. Ele encontra-se estruturado da seguinte forma. Na primeira parte, buscarei demonstrar os fundamentos normativos da adaptação razoável, analisando o bloco de constitucionalidade. Primeiramente, analisarei o texto constitucional procurando identificar nele o fundamento de validade da adaptação. Em seguida, explorarei o conceito previsto no artigo 2º da CDPD, bem como outras categorias previstas no texto da Convenção que nos servirão de auxílio na elaboração do conceito final e na sua aplicação prática.

Na segunda parte, busco responder a seguinte pergunta: o que é razoável? Assim, busco analisar o papel desse vocábulo para o desenvolvimento do conceito final da “adaptação razoável”. Para isso, me debruçarei sobre o tratamento jurídico que vem sendo dispensado à palavra “razoável”, especialmente no caso das acomodações razoáveis. Saindo do Direito para a filosofia política, analisarei o conceito de razoabilidade para Rawls e sua relação com o que ele chamou no “Liberalismo Político” de doutrinas abrangentes razoáveis. Como já ressaltado na introdução, a ideia não é, propriamente, transplantar a teoria do liberalismo político, mas, de forma instrumental, utilizar os conceitos teóricos para formular a ideia de razoabilidade.

Na terceira parte, analisarei se a adaptação razoável é um direito fundamental, tratando da sua relação com o ônus indevido, com o princípio da proporcionalidade e com a ponderação de interesses.

Por fim, na quarta parte, meu objetivo será analisar quem são as pessoas que têm o dever de adaptar e até qual limite.

## 3.2 A acomodação razoável no bloco de constitucionalidade

### 3.2.1 A acomodação na Constituição de 1988

O propósito do presente trabalho é elaborar um conceito de adaptação razoável, que promova igualdade e reconhecimento para as pessoas que são discriminadas por pertencerem a grupos vulneráveis na sociedade. Dessa forma, nesta parte, tratarei dos fundamentos constitucionais que justificam uma abordagem da adaptação razoável para além do artigo 2º da CDPD, ou seja, que se estenda não só para as pessoas com deficiência, mas também para outros grupos vulneráveis e merecedores de acomodação.

Essa extensão do conceito não é novidade. A jurisprudência e diversos autores<sup>321</sup> do Brasil e de outras partes do mundo já vêm aplicando medidas e ajustes para acomodar necessidades de outras minorias políticas, combatendo os efeitos adversos da discriminação indireta, embora nem sempre utilizem a locução adaptação razoável ou às vezes realizem, ainda que inconscientemente, o que Lisa Waddington chamou de acomodação razoável de fato (*de facto*)<sup>322</sup>.

Em relação aos Estados Unidos, o direito à adaptação razoável fora previsto no *Equal Employment Opportunity Act* (EEOA) de 1972 com foco na liberdade religiosa. Somente posteriormente esse direito fora estendido às pessoas com deficiência, no *American with Disabilities Act* (ADA) de 1990. Sem embargo, antes mesmo da previsão na legislação de 1972, a Suprema Corte estadunidense, em 1963, julgou o caso *Sherbert v. Verner*<sup>323</sup>, em que fora decidido que a denegação de seguro-desemprego a uma pessoa que, alegando questões religiosas, não aceitava trabalhos nos quais era obrigatória a atividade aos sábados violaria sua liberdade de religião.

<sup>321</sup> Nesse sentido, cf. WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation... Op. cit., p. 186-198; BOSSET, Pierre. Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable. Op. cit., p. 13-14; SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Op. cit., p. 273-278; CORBO, Wallace. **Discriminação indireta**... Op. cit., p. 241-259. Tratando da extensão do conceito para abranger a liberdade religiosa, cf. BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Op. cit.

<sup>322</sup> Ver WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 192-197.

<sup>323</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

Apesar de a recusa de emprego constituir motivo previsto em lei para a não concessão do benefício, a Corte adaptou a legislação ao exercício da liberdade religiosa dos adventistas de sétimo dia. Para julgar o caso, ela se baseou na *Free Exercise Clause* (Cláusula do Livre Exercício) da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, desenvolvendo o chamado *Sherbert Test*, que requer a demonstração do imperioso interesse estatal (*compelling governmental interest*) na medida e a demonstração de que ela fora estreitamente desenhada para atingir seu interesse ou objetivo (*narrowly tailored to achieve that goal or interest*), elementos que compõem o escrutínio estrito<sup>324</sup>.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu uma exceção em relação à aplicação da lei de proteção aos animais, que prescrevia a forma de abate do gado, visando à proteção dos animais contra o sofrimento. A escusa fora concedida para um açougueiro sunita, possibilitando que ele vendesse carne de acordo com as regras de alimentação de sua religião<sup>325</sup>.

No Canadá, a Suprema Corte vem interpretando que existiria um “dever de acomodação da diferença” a partir da leitura do artigo 15 (1) da Carta dos Direitos e das Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*), principal garantia constitucional de igualdade e de não discriminação no país<sup>326</sup>. O referido dispositivo prevê que “[t]odo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminação e, em particular, sem discriminação baseada em raça, nacionalidade ou origem étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência mental ou física”<sup>327</sup>.

A partir da leitura e da aplicação desse artigo, a Suprema Corte adotou uma concepção substantiva de igualdade. No caso *Andrews*<sup>328</sup>, julgado em 1989, a Corte afirmou que “a acomodação de diferenças [...] está na essência da verdadeira igualdade”<sup>329</sup>. Assim, tendo em vista que o igual tratamento pode resultar em desigualdade, a igualdade substantiva exigiria

---

<sup>324</sup> Cabe o destaque de que a Corte vem adotando, em decisões mais recente, uma interpretação bastante restritiva do direito à adaptação razoável. Nesse sentido, ela entendeu, em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) que não existe um direito constitucional à acomodação razoável, que dependeria da decisão estatal em cada caso. Houve uma tentativa de reversão legislativa, mas a Corte entendeu que uma lei da União não poderia ser aplicada aos Estados, ao julgar o caso *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Também no caso das pessoas com deficiência, a Corte vem adotando uma visão igualmente restritiva do instituto. Cf. MINOW, Martha. Accommodating integration. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 57, p. 1-10, 2008; e SUNSTEIN, Cass R. Caste and disability: the moral foundations of the ADA. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 157, p. 21-27, 2008.

<sup>325</sup> ALEMANHA. Tribunal Constitucional da Alemanha. BVerfGE 104, 337 (2002).

<sup>326</sup> Cf. WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation... Op. cit., p. 188.

<sup>327</sup> Tradução livre do original: “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

<sup>328</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Andrews v Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143.

<sup>329</sup> Idem, parágrafo 169.

uma abordagem diferenciada<sup>330</sup>. Mais tarde, em *Law*<sup>331</sup> (1999), a Corte estatuiu que a igualdade visava a prover igual tratamento em um “sentido substantivo”. A falha em conferir igualdade substantiva poderia advir tanto da distinção legislativa formal quanto do fato de não terem sido levadas em consideração as diferenças entre os indivíduos<sup>332</sup>. Portanto, a igualdade substantiva ensinaria um “dever de acomodar as diferenças”, o que significa que o tratamento diferencial é, por vezes, exigido no contexto do artigo 15 da Carta.

Além da Carta, a legislação federal (*Human Rights Act*) e de diversas províncias no Canadá estabeleceram um quadro no qual acomodações são necessárias, sendo aplicadas tanto nas relações entre partes privadas e públicas<sup>333</sup>. Com base nessas legislações, o conceito de adaptação razoável foi reconhecido pela primeira vez e aplicado no contexto da discriminação religiosa, no já citado caso *O'Malley*<sup>334</sup>. Contudo, em 1999, como já trabalhado no Capítulo I, no julgamento do caso *Meiorin*<sup>335</sup>, a Suprema Corte desenvolveu a chamada abordagem “unificada” da não-discriminação. Sob o *Meiorin test*, uma medida, que é *prima facie* discriminatória, só pode ser justificada, se for demonstrado que é impossível acomodar os interesses do empregado sem a imposição de um encargo desproporcional (*undue hardship*) ao empregador<sup>336</sup>. Por conseguinte, os empregadores devem acomodar as características dos indivíduos, na medida do razoavelmente possível, sendo utilizada uma abordagem estrita para permitir exceções e isenções do dever de não discriminar<sup>337</sup>.

Apesar disso, a Corte ainda vem adotando posicionamento interessante em relação a diversos temas polêmicos e divisivos. Nesse sentido, ela reconheceu, no caso *Multani*<sup>338</sup>, o direito de um aluno, que professava a religião *sikh*, de portar, sob a sua roupa, na escola, a adaga tradicional dos rituais religiosos conhecida como *kirpan*. Na ocasião, a Corte entendeu que a proibição discriminaria indiretamente os alunos que professavam a religião *sikh*. Assim, a Corte assentou que a exigência religiosa não produziria risco maior do que uma tesoura, que poderia ser levada por qualquer outro estudante. Contudo, impôs ao estudante algumas contrapartidas:

<sup>330</sup> Idem, parágrafos 165 e 169.

<sup>331</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

<sup>332</sup> Idem, parágrafo 25.

<sup>333</sup> Cf. WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation... Op. cit., p. 189.

<sup>334</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536. Cf. WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 189. Para uma análise mais aprofundada do caso, ver o Capítulo IV.

<sup>335</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

<sup>336</sup> Idem, parágrafo 54.

<sup>337</sup> WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 189.

<sup>338</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Multani v Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.



usar o *kirpan* sob a roupa; que a adaga ficasse guardada em uma bainha de madeira e não de ouro para evitar incidentes; que o *kirpan* ficasse guardado na bainha, que deveria ser embrulhada e costurada, de forma segura, em um robusto envelope de pano; que os servidores da escola estariam autorizados a verificar, mediante uma abordagem razoável, se as condições da Corte estavam sendo cumpridas; que o aluno deveria ficar com a posse do *kirpan* durante todo o tempo e que o desaparecimento do objeto deveria ser reportado para as autoridades escolares imediatamente.

Outro caso interessante, também vindo do Canadá, diz respeito à acomodação relacionada à dispensa do uso do tradicional chapéu que integra o uniforme da polícia montada, para que os *sikhs* pudessem usar seus turbantes, conforme determinado por sua religião<sup>339</sup>. De modo geral, as Cortes do Canadá reconheceram deveres de acomodação<sup>340</sup> não apenas em relação à deficiência<sup>341</sup>, mas também religião, gravidez<sup>342-343</sup>, origem nacional<sup>344</sup>, *status* familiar<sup>345</sup> e sexo<sup>346</sup>, sendo reconhecidos tanto em face de partes públicas quanto privadas.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) também vem aplicando a Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), de modo a estender a acomodação razoável para além da deficiência (dever de acomodação de fato). O caso *Thlimmenos* tratava de uma testemunha de Jeová que não podia ser indicada como perito contábil juramentado com base em condenação criminal pela recusa na prestação do serviço militar, em decorrência de sua crença religiosa. As autoridades gregas se negaram a aplicar uma exceção ao caso, o que levou

<sup>339</sup> A acomodação realizada no âmbito administrativo foi mantida pela Corte Federal (Divisão de Julgamento) (Federal Court - Trial Division). Cf. CANADÁ. Corte Federal (Divisão de Julgamento), *Grant v. Canada (Attorney General)* (T.D), [1995] 1 F.C. 158. Ver também GUTMANN, Amy. **Identity in democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 5-6.

<sup>340</sup> WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 189.

<sup>341</sup> Cf. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

<sup>342</sup> Ver *Québec (Société de l'assurance automobile) v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2004 CanLII46419 (QC C.A.).

<sup>343</sup> Sobre a aplicação da adaptação razoável para as mulheres no caso da gravidez, cf. SIEGEL, Reva B. Employment equality under the Pregnancy Discrimination Act of 1978. **Yale Law School Journal**, v. 94, p. 929-956, 1985. A autora sustenta que a igualdade entre os sexos não está necessariamente relacionada à similaridade inata entre eles, mas ao *status* social dos sexos. No caso da mulher, a gravidez enseja a necessidade de um direito à igualdade específico, diante do fato de a sociedade ter selecionado a gravidez como uma forma de subordinação econômica. Assim, haveria um impacto desproporcional relacionada à discriminação por motivo de gravidez, que requer que ela seja tratada como uma condição normal do emprego, impedindo presunções institucionais e pessoas do contrário. Deve-se assumir e reconhecer que esse é um problema, em sua origem, social, e não biológico.

<sup>344</sup> *Menghani v. Canada (Employment and Immigration Comm.)* (1992), 17 C.H.R.R. D/236 (Can. Trib.) confirmada em parte por *Canada (Secretary of State) v. Menghani* (1993), 21 C.H.R.R. D/427 (F.C.T.D.).

<sup>345</sup> Cf. *Hoyt v. Canadian National Railway* (No. 2), 2006 CHRT 33.

<sup>346</sup> Cf. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU* [1999] 3 S.C.R. 3 (Caso *Meiorin*).

o TEDH a responder, expandindo o conceito de discriminação<sup>347</sup>: “[o] direito de não ser discriminado [...] é também violado quando o Estado, sem uma justificação objetiva e razoável, falha em tratar diferentemente pessoas que estão em situações significativamente diferentes”<sup>348-349</sup>. O Tribunal aplicou o artigo 14, sob o argumento de que a falha em introduzir as exceções à regra que proíbe pessoas condenadas por um crime grave de exercer a profissão de perito contábil juramentado. Assim, concluiu pela existência de violação da Convenção por parte Grécia, que denegou o direito do reclamante de não ser discriminado com base em sua religião. Apesar de não ter utilizado explicitamente o termo, esse princípio de que o Estado pode ser demandado para modificar uma regra geral pode ser equiparado ao dever de adaptação razoável<sup>350-351</sup>.

Outro importante e recente julgamento foi o caso *Jakóbski*, em que a Corte condenou a Polónia, com base na liberdade de religião, prevista no artigo 9 da Convenção, pelo fato de as autoridades prisionais terem deixado de prover a um detento budista refeições sem carne, contrariando as regras alimentares de sua fé<sup>352</sup>.

Na América do Sul, a Corte Constitucional da Colômbia determinou que fosse proporcionado o acesso direto das pessoas com nanismo às suas dependências internas, pelo fato de a altura do balcão de atendimento dificultar que indivíduos de baixa estatura se comunicassem com os funcionários da instituição, expondo-os à situação vexatória ao reduzir a sua autonomia<sup>353</sup>.

No direito indígena, lembre o caso citado na introdução e no Capítulo II do indígena da tribo *páez* Francico Gembuel Pechene, na Colômbia, assassinou o Sr. Marden Arnulfo

<sup>347</sup> O caso tratava da aplicação do artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH): “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.

<sup>348</sup> Tradução livre do original: “The right not to be discriminated against [...] is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different”.

<sup>349</sup> TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Thlimmenos v. Greece*, [2000], nº 34369/97, 06 abr. 2000.

<sup>350</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *Kosteski v. Macedonia*, [2006], nº 55170/00, 16 abr. 2006; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *El Morsli v. France*, [2008], nº 15585/06, 04 mar. 2008; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *Aktas v. France*, [2009], nº 43563/08, 30 jun. 2009.

<sup>351</sup> Cf. BRIBOSIA, Emmanuelle, RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Reasonable accommodation for religious minorities... Op. cit., p. 154; WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 195. Nesse sentido, ver também VICKERS, Lucy. **Religious freedom, religious discrimination and the workplace**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 221; ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. **Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights**. The Hague: Martinus Nijhoff Publisher, 2003, p. 101.

<sup>352</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, *Jakóbski v. Poland*, nº 18429/06, 07 dez. 2010.

<sup>353</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-1258/2008*. Relator Mauricio González Cuervo. Julg. 15 dez. 2008.

Betancur, que desempenhava o cargo de Prefeito Municipal de Jambaló. Após ser julgado segundo o procedimento jurídico interno da tribo, fora condenado às penas de: expulsão da tribo, perda do direito de eleger e ser eleito para cargos públicos e comunitários e dois *fuetazos*. A Corte Constitucional da Colômbia<sup>354</sup> decidiu que o procedimento jurídico estabelecido pela aldeia estaria, à luz do princípio da diversidade étnica e cultural, de acordo com o devido processo legal, já que seria justo, possuindo contraditório e ampla defesa. Além de regras previstas anteriormente ao julgamento, o procedimento era realizado, em sessão pública, na presença do réu, que tinha acesso a todos os testemunhos e com a oportunidade de se defender amplamente de todos os relatos. Em relação às penas, a Corte entendeu que elas estavam de acordo com os princípios da diversidade étnica e cultura, diante da natureza purificadora para a tribo, e não meramente retribucionista.

No Brasil, há alguns casos interessantes sobre o tema, sendo que alguns não foram tratados como casos de adaptação razoável, apesar de ser possível enquadrá-los nessa categoria. Em geral, os casos sobre adaptação envolvem o exercício da liberdade religiosa, como as decisões que permitem a candidatos adventistas de sétimo dia a realização de provas de concurso público marcadas para o sábado depois do final do horário de guarda, assegurando-se, até esse momento, o sigilo da avaliação<sup>355</sup>. Tal medida possibilita que as pessoas que professam essa religião participem do certame sem que haja violação aos dogmas religiosos e à isonomia em relação aos demais candidatos, já que todos fazem a mesma prova. Não há também imposição de ônus excessivo ao Estado, visto que essas adaptações são simples e pouco custosas.

Em relação aos direitos culturais e de auto-organização dos índios, deve-se relembrar outro precedente já citado no Capítulo II, proferido pelo TSE, em que se investigava, no âmbito eleitoral, denúncia de abuso de autoridade supostamente cometido por cacique, que teria orientado os membros de sua tribo a votar nele em pleito para vereador.

---

<sup>354</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* T-523/1997. Relator Carlos Gaviria Diaz. Julg. 15 out. 1997.

<sup>355</sup> Nesse sentido, Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível 20.2012.4.01.3813/MG. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal Antônio de Souza Prudente. Julg. 31 jul. 2013. Destaque-se, também, os seguintes casos já citados: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo 200383000149410. Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Julg. 14 set. 2004; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo: 200101000504364. Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Julg. 21 ago. 2002. **DJ** 09 set. 2002. Note-se que o tema não é pacífico, existindo outras decisões em sentido diametralmente oposto. V. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento 1.0024.13.180460-1/001. Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Luís Carlos Gambogi. Relator p/ Acórdão Fernando Caldeira Brant. Julg. 20 set. 2013. **DJ** 30 set. 2013; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 0496873-36.2013.8.21.7000. Quarta Câmara Cível. Relator Desembargador Alexandre Mussoi Moreira. Julg. 26 fev. 2014. **DJ** 07 mar. 2014.

Os casos analisados acima tratam de assuntos bastante diferentes: liberdade religiosa, direitos culturais e autodeterminação dos índios, deficiência, sexo e gravidez. Em todos eles, é visível a ocorrência de uma discriminação indireta, que impinge prejuízo, impossibilita o exercício ou o gozo de direitos e liberdades fundamentais e diminui o reconhecimento intersubjetivo, a autoestima e o autorrespeito e o valor que a pessoa tem de si. Além disso, em todas as situações, há um prejuízo para os membros de algum grupo vulnerável e constitucionalmente protegido. Essa é, portanto, uma característica elementar do conceito de adaptação razoável que eu busco traçar: a violação dos direitos dos membros de um grupo protegido constitucionalmente. Esse é o motivo pelo qual mesmo antes existência ou da assinatura da CDPD já se verificavam adaptações razoáveis em diversos julgados no Brasil e no mundo, ainda que os tribunais não se refiram a ela pelo nome.

Assim, a acomodação razoável é uma ferramenta, por excelência, de correção da discriminação indireta. Nesse sentido, a medida que está sendo desafiada deve ter o potencial de colocar em desvantagem um grupo de pessoas que possuem alguma característica protegida (como gênero, religião ou crença) e que são os legitimados para reclamar tais violações<sup>356</sup>. Em regra, o dever de acomodação razoável será devido para indivíduos, de acordo com a avaliação das necessidades. A exceção ocorrerá em relação às necessidades de preservação do ambiente para determinada prática. É o caso de grupos culturais, como as comunidades tradicionais, em que será necessária a concessão de direitos coletivos, como a titulação coletiva da terra e as obrigações de pluralismo jurídico, brevemente exploradas no capítulo anterior<sup>357</sup>. A necessidade de acomodação deve, de algum jeito, estar relacionada a uma característica protegida, a uma específica consequência advinda de uma deficiência ou de qualquer prejuízo advindo de uma escolha ou característica pessoal<sup>358</sup>.

A igualdade, na adaptação razoável, funciona como um valor base. Haverá um outro direito ou uma liberdade em interação com esses valores, que serão violadas em conjunto. E essa violação sempre envolverá indivíduos pertencentes a grupos constitucionalmente protegidos contra a discriminação (ou mesmo que venham a ser protegidos por uma interpretação evolutiva). Daí que, no caso da acomodação dos *sikhs*, no Canadá, há uma violação da possibilidade do igual exercício da liberdade de religião por essa minoria (violação da igualdade e da liberdade religiosa). Adicionalmente, verifica-se que o Canadá possui uma

---

<sup>356</sup> Ibidem.

<sup>357</sup> Sobre a importância do território para a sobrevivência dos índios, cf. RIBEIRO, Darcy. **A política indigenista brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962, p. 143.

<sup>358</sup> WADDINGTON, Lisa. Op. cit., p. 193.

cláusula antidiscriminatória que protege expressamente as minorias religiosas. Igualmente, no caso dos indivíduos com nanismo, julgado pela Corte Constitucional da Colômbia, há denegação de igual autonomia (igualdade e autonomia) e de igual dignidade (igualdade e valor intrínseco). Da mesma forma que no Canadá, na Colômbia existe, no artigo 13 da Constituição de 1991, a proibição de discriminação com base em sexo, raça, origem nacional ou familiar, língua, religião, opinião política ou filosófica.

No Brasil, a Constituição de 1988 garantiu exhaustivamente o direito à igualdade, sendo um dos compromissos constitucionais mais importantes. Está descrita no preâmbulo e prevista no artigo 3º, inciso III, que instituiu como um dos objetivos da República a redução das desigualdades sociais e regionais. O artigo 5º, consagrou a igualdade de todos perante a lei, a inviolabilidade do direito à igualdade, a igualdade entre sexos; igualdade entre os trabalhadores (artigo 7º, inciso XXXIV); igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (artigo 206, inciso I). Ela consagrou também, como visto no capítulo anterior, um direito ao reconhecimento.

Além disso, diversas as normas constitucionais, mencionadas no item 3.3 do Capítulo I, possuem caráter antidiscriminatório, visando à igualdade, como a dignidade humana, as normas que consagram direitos e liberdades fundamentais, o direito à saúde, os direitos de comunidades tradicionais, as normas que protegem as pessoas com deficiência, o artigo 3º, inciso IV, o artigo 5º, incisos VIII e XLI e o artigo 7º, inciso XXXI. Todos esses direitos e liberdades estão associados com a igualdade substantiva, tal como delineada neste trabalho. Eles dão fundamento de validade às medidas, ajustes, exceções ou isenções para a promoção da isonomia para membros de grupos vulneráveis, que sofrem os efeitos adversos da discriminação indireta.

Portanto, a liberdade de religião e a vedação à discriminação com base na crença, associadas ao direito de todos de terem e exercerem efetivamente suas iguais liberdades (no caso, igual liberdade religiosa), justificam que um estabelecimento prisional forneça alimentos compatíveis com a fé professada por um preso, como a possibilidade de se oferecer uma refeição sem carne para um budista<sup>359</sup>. Nesse caso, a regra administrativa que fornece carne a todos os presos não possui, *a priori*, caráter, nem a intenção de discriminar uma minoria religiosa, como os budistas. Contudo, essa regra possui um efeito adverso e discriminatório em relação às minorias religiosas que não permitem o consumo de carne. Assim, com base no igual

---

<sup>359</sup> Confira-se o já citado precedente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIAO EUROPEIA. *Jakóbski v. Poland*, nº 18429/06, 07 dez. 2010.

direito ao exercício da liberdade religiosa, um indivíduo budista faz, portanto, jus à adaptação razoável, de modo que lhe sejam oferecidas refeições sem carne.

Outro exemplo não associado primordialmente à liberdade<sup>360</sup> diz respeito às pessoas com alguma deficiência mental, que as impossibilita de exercer, ao menos plenamente, sua liberdade ou que não podem, ainda que momentaneamente, exercer suas próprias escolhas. Com base na igualdade como um valor pessoal próprio, intrínseco, instrumental e subjetivo, que as torna merecedoras de igual respeito e consideração, essas pessoas fazem jus à neutralização de discriminações que venham a sofrer, independentemente da existência de violação de alguma liberdade fundamental. A igualdade age, nesses casos, para eliminar discriminações derivadas de condutas e comportamentos moralmente arbitrários relacionados à concessão ou à manutenção de privilégios ou qualquer outra situação social que hierarquize as pessoas.

Assim, a adaptação razoável protegerá essas pessoas, levando em conta o seu valor intrínseco, ou seja, o fato de que ela possui igual importância em relação a qualquer outra. Portanto, as medidas e os ajustes necessários nesse caso podem estar relacionados à diminuição da jornada de trabalho de algum parente ou responsável por aquela pessoa (curador), ou mesmo a possibilidade de instituição de trabalho remoto a ser realizado de casa, a fim de que os pais ou o curador possa auxiliar a pessoa com deficiência em seus tratamentos de saúde ou mesmo com os cuidados ordinários exigidos pela sua saúde<sup>361</sup>. Dessa forma, a acomodação poderá envolver também um ajuste, isenção, exceção ou modificação relacionada não só ao indivíduo atingido, mas também a alguma pessoa que com ele tenha uma relação direta no auxílio de tarefas do dia a dia ou em decorrência de alguma necessidade médica específica. Nesse caso, há também uma adaptação razoável que se liga à igualdade (valor intrínseco e pessoal) e também com a vedação à discriminação das pessoas com deficiência e com o direito à saúde<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> A deficiência intelectual, para fins de laudo médico, é chamada de retardo mental, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (também conhecida como Classificação Internacional de Doenças – CID 10) da Organização Mundial da Saúde (CID-10). Não nego que, mesmo no retardo mental profundo, a pessoa ainda tenha algum grau de autonomia e possa exprimir sua vontade em relação a determinados assuntos. Entretanto, o ponto aqui é demonstrar que mesmo nos casos em que não é possível a manifestação dessa autonomia, ou que não é possível identificar essa vontade, ou quando ela não é manifestada, ainda assim, essa pessoa se encontra protegida pela igualdade, fazendo jus à acomodação de suas necessidades.

<sup>361</sup> Sobre a necessidade de adaptação se aplicam também aos cuidadores primários, cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law Case*, [2008], C-303/06, 17 jul. 2008.

<sup>362</sup> É o caso, por exemplo, das pessoas com retardo mental grave e com retardo mental profundo. Confira-se a definição dada pelo DATASUS do Sistema Único de Saúde, Disponível em: <[http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f70\\_f79.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f70_f79.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017: “F70-F79 Retardo mental: parada do desenvolvimento ou desenvolvimento incompleto do funcionamento intelectual, caracterizados essencialmente por um comprometimento, durante o período de desenvolvimento, das faculdades que determinam o nível global de inteligência, isto é, das funções cognitivas, de linguagem, da motricidade e do comportamento

Pelo que foi aqui demonstrado, a adaptação razoável deve ser entendida como um direito meio e de integração entre a igualdade e outro direito ou liberdade fundamental garantido pela Constituição, com o objetivo de eliminar, na medida do possível, a discriminação que recai sobre um indivíduo pertencente a um grupo vulnerável ou mesmo sobre o próprio grupo. Por isso, a necessidade de corrigir uma situação de discriminação indireta que incide sobre um grupo vulnerável, em situação que gera um direito para o seu titular e uma obrigação específica correlata ao devedor dessa prestação, enseja a promoção de ajustes e modificações.

Esses ajustes e essas modificações estão intrinsecamente ligados à vedação à discriminação e à consecução e à aplicabilidade imediata<sup>363</sup> de direitos e liberdades fundamentais, todos previstos na Constituição (ou no bloco de constitucionalidade). Daí porque não só se pode falar em um direito à adaptação razoável que vá além da deficiência, como também esse direito pode ser identificado na Constituição e no ordenamento como um todo anteriormente à incorporação da CDPD ao bloco de constitucionalidade. A exigência de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que inclui o seu gozo e o seu exercício, bem como a erradicação de discriminação e a promoção da igualdade e de reconhecimento

---

social. O retardo mental pode acompanhar um outro transtorno mental ou físico, ou ocorrer de modo independentemente.

Usar código adicional, se necessário, para identificar as afecções associadas, por exemplo, autismo, outros transtornos do desenvolvimento, epilepsia, transtornos de conduta ou uma incapacidade física grave.

As seguintes subdivisões de quarto caractere devem ser usadas com as categorias F70-F79 para identificar a extensão do comprometimento comportamental:

- .0 Menção de ausência de ou de comprometimento mínimo do comportamento
- .1 Comprometimento significativo do comportamento, requerendo vigilância ou tratamento
- .8 Outros comprometimentos do comportamento
- .9 Sem menção de comprometimento do comportamento

F70. - Retardo mental leve

Amplitude aproximada do QI entre 50 e 69 (em adultos, idade mental de 9 a menos de 12 anos). Provavelmente devem ocorrer dificuldades de aprendizado na escola. Muitos adultos serão capazes de trabalhar e de manter relacionamento social satisfatório e de contribuir para a sociedade.

Inclui: atraso mental leve; debilidade mental; fraqueza mental; oligofrenia leve; subnormalidade mental leve

F71. - Retardo mental moderado

Amplitude aproximada do QI entre 35 e 49 (em adultos, idade mental de 6 a menos de 9 anos). Provavelmente devem ocorrer atrasos acentuados do desenvolvimento na infância, mas a maioria dos pacientes aprendem a desempenhar algum grau de independência quanto aos cuidados pessoais e adquirir habilidades adequadas de comunicação e acadêmicas. Os adultos necessitarão de assistência em grau variado para viver e trabalhar na comunidade.

Inclui: atraso mental médio; oligofrenia moderada; subnormalidade mental moderada.

F72. - Retardo mental grave

Amplitude aproximada de QI entre 20 e 40 (em adultos, idade mental de 3 a menos de 6 anos). Provavelmente deve ocorrer a necessidade de assistência contínua.

Inclui: atraso mental grave; oligofrenia grave; subnormalidade mental grave.

F73. - Retardo mental profundo

QI abaixo de 20 (em adultos, idade mental abaixo de 3 anos). Devem ocorrer limitações graves quanto aos cuidados pessoais, continência, comunicação e mobilidade.

Inclui: atraso mental profundo; oligofrenia profunda; subnormalidade mental profunda".

<sup>363</sup> Artigo 5º, § 1º: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

intersubjetivo, justificam e fundamentam constitucionalmente as modificações, os ajustes, as isenções e as exceções que compõem o conceito de adaptação razoável.

A relação entre o direito à adaptação razoável e os direitos e as liberdades fundamentais previstas no texto constitucional é evidente. Ela tem uma relação íntima com os princípios e os valores protegidos pelos limites materiais ao poder reformador (artigo 60, § 4º, inciso IV<sup>364</sup>), as chamadas cláusulas pétreas, sendo por eles fundamentados e, ao mesmo, tendo por objetivo promovê-los. Esses princípios e valores são protegidos pelos limites materiais, porque estão intrinsecamente relacionados a valores morais e de justiça, que justificam a sua proteção especial<sup>365</sup>, integrando a espinha dorsal da Constituição de 1988. Assim, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais combinada com a cláusula de abertura constitucional que prevê que os direitos expressamente previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (artigo 5º, § 1º c/c artigo 5º, § 2º<sup>366</sup>) fundamentam também a adaptação razoável, com base no texto constitucional.

A eficácia imediata implica o reconhecimento da aplicabilidade direta da norma de direito fundamental, sem a necessidade, em geral, de interposição legislativa, pelo menos naquilo que a intervenção possa ser considerada um obstáculo à aplicação judicial de normas de direitos fundamentais<sup>367</sup>. Há, portanto, um dever dos órgãos estatais e, até mesmo, dos particulares, de atribuição de máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>365</sup> Tratando da relação entre direitos fundamentais e cláusulas pétreas como a reserva de justiça da Constituição, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como reserva de justiça*. **Lua Nova**, n. 42, São Paulo, p. 53-97, 1997. Vieira busca justificar que os direitos fundamentais devem ser limites materiais ao poder de reforma pelo fato de que, dentre outros fundamentos, enumeram princípios de justiça, especialmente à luz da teoria rawlsiana e das teorias da democracia, como de Ely, Dahl e Habermas.

<sup>366</sup> Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>367</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários ao artigo 5º, § 1º*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 515. Veja-se também o profundo estudo sobre o tema da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no caso do artigo 5º, § 1º da CF, de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 261-280.

<sup>368</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários ao artigo 5º, § 1º*. Op. cit.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit.



Um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e a sua fruição negadas pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa<sup>369</sup>. Nesse sentido, a adaptação razoável se impõe, como já dito, como um direito meio para a eliminação de discriminação indireta e promoção de igualdade e de outros direitos e liberdades constitucionalmente consagrados. E, por óbvio, se não se pode esperar para o gozo e exercício desses direitos e liberdades tão importantes – como parece ser o caso do Constituinte de 1988, que os salvaguardou do poder de reforma e determinou a sua aplicabilidade imediata – e se a adaptação exerce esse papel integrativo entre a violação e a efetividade dos valores mais nobres da Constituição, deve-se concluir, portanto, que o direito à acomodação razoável já existia e era extraído diretamente da Constituição antes mesmo da incorporação da CDPD ao bloco de constitucionalidade. E também parece claro que sua aplicação não se limita aos casos que envolvam discriminações por motivo de deficiência.

Demonstrados os fundamentos da adaptação razoável na Constituição de 1988 e os motivos pelos quais ela deve ser estendida para além dos casos de deficiência, analisarei brevemente alguns aspectos da CDPD relevantes para o presente trabalho.

### 3.2.2 A acomodação na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica brasileira

A CDPD foi aprovada em dezembro de 2006 e assinada pelo Brasil em Nova York, em março de 2007. Em 2008, a Convenção foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto Legislativo 186/2008, segundo o procedimento previsto pelo art. 5º, § 3º, CF, a primeira convenção promulgada pela nova sistemática introduzida pela Emenda Constitucional 45 de 2004 (EC 45/2004). Dessa forma, por se tratar de um tratado de direitos humanos aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com o quórum de emenda constitucional de 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, ela tem força de emenda constitucional<sup>370</sup> e, por conseguinte, passou a integrar o bloco de constitucionalidade<sup>371-372</sup>. Como corolário, a CDPD deve ser utilizada como parâmetro de controle de constitucionalidade de normas. Mas

---

<sup>369</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 5º, § 1º. Op. cit.; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit.

<sup>370</sup> Ver nota de rodapé nº 121, no Capítulo I.

<sup>371</sup> Sobre o bloco de constitucionalidade, veja-se a nota de rodapé nº 122, no Capítulo I.

<sup>372</sup> Ver a nota de rodapé nº 123, no Capítulo I.

não só isso. Ela passa a ser o centro gravitacional da Constituição – ao lado de outros valores, é claro - ao consagrar normas impregnadas de valores, o que faz com que toda a produção normativa tenha que passar por uma filtragem convencional. Além disso, exige providências do poder estatal para a consecução dos fins e valores nela previstos<sup>373</sup>.

Como lembra Luís Roberto Barroso<sup>374</sup>, o objetivo dessa alteração, promovida pela EC 45/2004, foi afastar a polêmica sobre o alcance do artigo 5º, § 2º da CF<sup>375</sup>, prevendo, assim, um mecanismo específico de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>376</sup>. O novo regime constitucional afastou parte das críticas da doutrina e da jurisprudência<sup>377</sup> no sentido de que, pelo artigo 5º, § 2º, o quórum para a emenda passaria a ser ordinário no caso dos tratados de direitos humanos<sup>378</sup> e de que seria uma válvula de escape à soberania estatal<sup>379</sup>. Não se trataria também de nova espécie normativa, em acréscimo ao rol do artigo 59 da CF, mas de atribuição de eficácia qualificada que produziria três diferentes efeitos: (i) em caso de conflito entre lei e tratado de direitos humanos, aprovado em conformidade com o procedimento do artigo 5º, § 3º, prevalecerá o tratado por ser equivalente às emendas constitucionais (critério de hierarquia e não cronológico); (ii) os tratados de direitos humanos incorporados segundo o referido procedimento especial de emenda podem servir como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e atos

---

<sup>373</sup> Esse fenômeno nada mais é do que um desdobramento da constitucionalização do direito. Como aponta o professor Luís Roberto Barroso, a Constituição e, notadamente, as normas que consagram direitos fundamentais passaram a integrar o epicentro do sistema jurídico. Portanto, as normas que compõem o ordenamento devem ser interpretadas à luz desses valores, buscando sempre a consecução dos fins constitucionalmente previstos - ou seja, exige-se que haja uma *filtragem constitucional* do Direito. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Op. cit., p. 27. Nesse contexto, com a integração da CDPD ao bloco de constitucionalidade, há um novo paradigma que deve orientar a interpretação constitucional e infralegal.

<sup>374</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

<sup>375</sup> Confira-se a discussão já tratada na nota de rodapé nº 123.

<sup>376</sup> Nesse sentido, veja-se o parecer apresentado pela Deputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP) à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 96/1992, convertida na EC 45/2004: “Buscando a efetividade da prestação jurisdicional, acolhemos também sugestão do Ministro CELSO DE MELLO, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da outorga explícita de hierarquia constitucional aos tratados celebrados pelo Brasil, em matéria de direitos humanos, à semelhança do que estabelece a Constituição Argentina (1853), com a reforma de 1994 (art. 75, nº 22), introdução esta no texto constitucional que afastará a discussão em torno do alcance do art. 5º, § 2º” (p. 846 do parecer, disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0019991214SA2090000.PDF#page=244>>. Acesso em: 20 nov. 2017).

<sup>377</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72.131/RJ. Plenário. Relator p/ Acórdão Ministro Moreira Alves. Julg. 23 nov. 1995. DJ 01 ago. 2003.

<sup>378</sup> Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? **Revista de Estudos Avançados da USP**, v. 18, p. 204, 2004; RODRIGUES, Maurício Andreioulou. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

<sup>379</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, Maurício Andreioulou. Op. cit.

normativos, já que, como já visto integram o bloco de constitucionalidade; e (iii) os tratados incorporados por esse procedimento não podem ser objeto de denúncia pelo Presidente da República por força do artigo 60, § 4º da CF<sup>380</sup>.

Deve-se ressaltar, contudo, que parte da doutrina internacionalista critica a promulgação do artigo 5º, § 3º pela EC 45/2004. Valério Mazzuoli, defendendo o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, diz que eles já poderiam ser aplicados na ordem jurídica brasileira quando da sua ratificação, independentemente do decreto de execução presidencial, da sua promulgação, da sua publicação no Diário Oficial da União e da sua aprovação pelo § 3º do artigo 5º<sup>381</sup>. Sustenta também que os tratados passariam a reformar a Constituição, o que seria prejudicial em relação à proposta do *status* constitucional dos tratados, extraída do artigo 5º, § 2º<sup>382</sup>. Isso porque, nesses casos, os conflitos entre tratados seriam resolvidos pelo princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, visto que essas normas integrariam o bloco de constitucionalidade material apenas<sup>383</sup>. Segundo ele, o procedimento do artigo 5º, § 3º da CF impediria a utilização dessa sistemática, porquanto agora os tratados internalizados com quórum especial de emenda seriam equivalentes a uma emenda constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade formal e material<sup>384</sup>.

Não concordo, porém, com a sua tese. Além dos motivos já mencionados na nota de rodapé nº 123, no sentido de que tal interpretação incharia a Constituição, o que dificultaria saber quais direitos estariam em vigor, impedindo a formação de um sentimento constitucional, e que, em alguns casos, seria muito difícil (às vezes, impossível) definir qual seria a norma mais benéfica, a incorporação ao texto constitucional pelo procedimento de emenda não faz desaparecer o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, firmado no RE 466.343/SP<sup>385</sup>. Os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum especial de emenda, antes ou depois da promulgação da EC 45/2004, continuam tendo *status* supralegal, mas infraconstitucional. Em sentido contrário, ao meu ver, os tratados aprovados pelo quórum especial possam a equivaler à emenda constitucional, independentemente de terem sido

---

<sup>380</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição...** Op. cit., p. 36-37. Em relação ao ponto iii, ver também TIBURCIO, Carmen. A EC nº 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 127; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao artigo 5º, § 3º. Op. cit., p. 521.

<sup>381</sup> Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 518-523.

<sup>382</sup> Ibidem. p. 521.

<sup>383</sup> Ibidem.

<sup>384</sup> Ibidem.

<sup>385</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Plenário. Relator Cezar Pelluso. Julg. 03 dez. 2008. **DJe** 05 jun. 2009.

incorporados antes ou depois da EC 45/2004. Não há motivo para não se aplicar retroativamente tal regra, já que haveria uma expansão na proteção dos direitos humanos. Obviamente, a aplicação retroativa não poderia atingir partes ou situações que gerassem prejuízos e que violassem a segurança jurídica, a boa-fé, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Não bastasse isso, a aprovação da EC 45/2004 poderia ser interpretada como um caso de constitucionalização de normas infraconstitucionais – ou seja, no caso aqui debatido, transformar situação tratada pela legislação ordinária em matéria constitucional. Até porque a única exigência que o § 3º faz é que os tratados e convenções sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Além disso, também não acho que o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano (o *in dubio pro homine*) seja incompatível com a equiparação à categoria de emendas constitucionais dos tratados e das convenções aprovados com quórum especial. É que vige, no ordenamento constitucional, o princípio (implícito) da vedação do retrocesso, que pressupõe a correlata proibição de regressividade<sup>386</sup>. A realização dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, pressupõem uma implementação progressiva<sup>387</sup>. Ademais, a Carta de 1988 é tipicamente dirigente e possui, dentre outros objetivos, a supressão das desigualdades, o que também aponta no sentido da progressividade, e não do retrocesso<sup>388</sup>. Portanto, não há porque não considerar a inconstitucionalidade de eventual tratado incorporado com o quórum especial à luz do princípio da vedação do retrocesso, notadamente porque o STF entende ser pacífico controle de constitucionalidade à luz do artigo 60, § 4º da CF<sup>389</sup>.

Em seu aspecto material, a Convenção preocupa-se com variados temas relacionados às pessoas com deficiência: a discriminação e a opressão que esse grupo sofre; a sua inclusão, participação paritária, gozo de direitos e sua dignidade. Já no artigo 1º, a CDPD define que 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*

<sup>386</sup> Cf. COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: Christian Courtis (Org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3-52. No Brasil, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

<sup>387</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

<sup>388</sup> Ibidem.

<sup>389</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946/MC. Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. Julg. 29 abr. 1999. **DJ** 14 set. 2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF. Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. Julg. 15 dez. 1993. **DJ** 18 mar. 1994; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356/MC e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.362/MC. Plenário. Relator para acórdão Ministro Ayres Britto. Julg. 25 nov. 2010. **DJe** 19 mai. 2011.

*sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.*

O conceito empregado não se limitou ao perfil biomédico<sup>390</sup>. A convenção, ao mesmo tempo em que menciona os impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não ignora as especificidades corporais. Muito acertadamente, ela incorporou também uma matriz de direitos humanos preocupada com a denúncia da opressão e com as barreiras sociais que restringem a participação plena e efetiva das pessoas<sup>391</sup>. Durante mais de quatro décadas, o modelo social da deficiência provocou o debate político e acadêmico internacional sobre a insuficiência do conceito biomédico de deficiência para a promoção da igualdade entre pessoas com deficiência e não deficientes<sup>392</sup>. Afinal, são as barreiras sociais que, ao ignorar os corpos com impedimentos, provocam a experiência da desigualdade. A opressão não é um atributo intrínseco aos impedimentos corporais das pessoas com deficiência, “mas o resultado de sociedades não inclusivas”<sup>393</sup>.

Portanto, sem relegar os elementos biomédicos – fundados em mensuração, evidências, tratamento e cura –, que possuem papel importante na garantia de direitos fundamentais de pessoas com deficiência, como acesso, promoção e proteção à saúde, a CDPD incorporou também um modelo social que se preocupa com a compreensão moral e cultural dos inúmeros obstáculos que estão no exterior dos corpos e no ambiente material e moral que os circunda<sup>394</sup>. Exclusão, opressão, falta de acessibilidade, de adaptação nos espaços públicos e privados são alguns desses elementos ambientais morais e materiais que impedem que as pessoas com a deficiência possam ser reconhecidas como pessoas livres e iguais, exercendo, assim, sua autonomia existencial e pública ao demonstrar que “os impedimentos são uma das muitas formas de vivenciar o próprio corpo”<sup>395</sup>.

---

<sup>390</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Deficiência, direitos humanos e justiça. Op. cit., p. 99. Segundo os autores, o modelo biomédico sustenta que há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência. Assim, os impedimentos de ordem médica descrevem as lesões e doenças como desvantagens naturais e indesejadas, sempre focando nas práticas de reabilitação e nas curativas, com o intuito de reverter ou atenuar os sinais de anormalidade. Predominava, portanto, a ideia de que um corpo com deficiência deveria ser objeto de intervenção dos saberes médicos.

<sup>391</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Op. cit., p. 99.

<sup>392</sup> Ibidem.

<sup>393</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 100-101.

<sup>395</sup> Ibidem, p. 104. Esse tema foi recentemente muito debatido durante as Paralimpíadas. Os atletas, com frequência, buscavam combater a cultura do “olhar com pena” do público sobre eles, mostrando que a deficiência é apenas um elemento da diversidade e de uma das muitas maneiras de se viver a vida: “A recuperação numa equipe de elite do futebol brasileiro devolveu o atleta a rotina de treinamentos em dois períodos, mais sessões com o fisiologista e o fisioterapeuta. Além do trabalho no campo e no consultório, no prato dele só entra o que a

Outro aspecto importante da convenção já foi tratado no presente trabalho. A Convenção alargou o conceito de discriminação, que passou a englobar também a denegação de adaptação razoável a quem do ônus indevido. Além disso, como já ressaltado, ela inclui também a discriminação indireta<sup>396</sup>, reafirmando um conceito já presente no ordenamento brasileiro e na CIEDR e na CEDM. A Convenção expressamente prevê que os Estados Partes devem garantir que a adaptação razoável seja oferecida, a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação<sup>397</sup>, não sendo discriminatórias quaisquer medidas específicas aptas a promover a efetiva igualdade das pessoas com deficiência<sup>398</sup>. Assim, a adaptação razoável, ao modificar o conceito de discriminação, “demonstra o reconhecimento das barreiras ambientais como uma causa evitável das desigualdades experimentadas pelas pessoas com deficiência”<sup>399</sup>.

Merece destaque, ainda, o artigo 4º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Em relação à discriminação, o Estatuto rechaçou qualquer forma de discriminação, mediante qualquer ato, comissivo ou omissivo, que realize distinção, restrição ou exclusão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas<sup>400</sup>. Ele incluiu, de forma expressa, no ordenamento brasileiro, conferindo densidade

---

nutricionista autoriza. O jogador ainda toma suplementos alimentares. Por todas estas razões, Ricardinho quer ser visto como um atleta de alto rendimento. O desejo é compartilhado pelos esportistas que defenderão o Brasil nas Paraolimpíadas [*sic*] do Rio. Eles ficam chateados quando os torcedores parecem torcer por pena e nas ocasiões que têm as habilidades físicas ignoradas pela imprensa. A briga dos atletas é para mostrar que agem como profissionais e serem reconhecidos desta maneira”. PEREIRA, Felipe. Paratletas querem ser vistos como esportistas, não como merecedores de pena. **UOL**, 7 set. 2016. Disponível em: <<http://olimpiadas.uol.com.br/noticias/redacao/2016/09/07/paratletas-querem-ser-vistos-como-esportistas-nao-como-merecedores-de-pena.htm>>. Acesso em: 05 out. 2016. Note-se que, além de uma demanda por igualdade (formal e material), há também uma demanda por reconhecimento das pessoas com deficiência.

<sup>396</sup> É o que se extrai do artigo 5.2 quando menciona que: “Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.”

<sup>397</sup> Artigo 5.3: “A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”.

<sup>398</sup> Artigo 5.4: “Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias”.

<sup>399</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Deficiência, direitos humanos e justiça. Op. cit., p. 105. No mesmo sentido, Elizabeth Emens defende que o *American with Disabilities Act* (ADA) define discriminação em termos de acomodação, ou seja, a obrigação de acomodação é parte da definição do dever de não discriminar. EMENS, Elizabeth F. Integrating accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, n. 4, p. 877, abr. 2008. No Brasil, confira-se o artigo 4º, § 1º da Lei nº 13.146/2015.

<sup>400</sup> Artigo 4º: “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

a um conceito jurídico indeterminado, todos os tipos de discriminação, seja ela direta, indireta, com ou sem intenção de discriminar, por denegação de adaptação razoável ou mesmo – e aí tem-se uma grande inovação – a negativa de oferecimento de tecnologias assistivas.

Além da discriminação, a Convenção incorporou ao ordenamento jurídico vários outros novos e relevantes conceitos para lidar com as questões relacionadas com a deficiência e, até mesmo, outras ligadas à igualdade, à inclusão e ao reconhecimento. É o caso, por exemplo, do amplo conceito de “comunicação”<sup>401</sup> adotado pelo artigo 2º da CDPD, a definição de “língua”<sup>402</sup> e de “desenho universal”<sup>403</sup>. Outras definições conferiram maior densidade concreta a conceitos jurídicos indeterminados, norteando sua aplicação e as medidas por ele exigidas. É o caso da própria adaptação razoável, que, como visto, já integrava o ordenamento jurídico nacional com base em diversos valores constitucionais já tratados anteriormente. O mesmo ocorreu com a definição de discriminação por motivo de deficiência: além de incorporar elementos já conhecidos no ordenamento, a Convenção eliminou qualquer dúvida quanto à existência de discriminação indireta e criou também um novo conceito de discriminação direta: a denegação de adaptação razoável.

Antes de avançar na análise do conceito de adaptação razoável da Convenção, merece destaque os reflexos que o documento internacional produziu na ordem jurídica brasileira. Ela é o fundamento teórico-constitucional do Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduzido pela Lei nº 13.146/2015<sup>404</sup>. Dessa forma, o conceito biomédico de deficiência, presente na Convenção, foi refletido em todas as normas do estatuto, começando pela definição de pessoa com deficiência que, segundo o artigo 2º do novo diploma, é “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma

---

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa”.

<sup>401</sup> “‘Comunicação’ abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis”.

<sup>402</sup> “‘Língua’ abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada.”

<sup>403</sup> Sua definição que será mais bem analisada abaixo.

<sup>404</sup> Cf. o artigo 1º da Lei nº 13.146/2015: “É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno”.

ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, indo até o procedimento de avaliação da deficiência<sup>405</sup>.

Além disso, o moderno estatuto previu também novos conceitos que auxiliam no tratamento sócio-biomédico da deficiência. Entre eles estão tecnologia assistiva ou ajuda técnica<sup>406</sup>, barreiras e suas respectivas subespecificações<sup>407</sup>, elemento de urbanização, pessoa com mobilidade reduzida, profissional de apoio escolar, dentre outros previstos no artigo 3º da Lei nº 13.146/2015.

Ao longo desta primeira parte, foi analisado o novo *status* da CDPD no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, seus reflexos na elaboração normativa e na interpretação da ordem vigente e a discriminação em relação às pessoas com deficiência. Falta agora determinar o que é adaptação razoável. Segundo o artigo 2 da CDPD,

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Como se extrai da definição acima, adaptação exige que os mecanismos disponíveis sejam empregados para ajustar práticas, materiais, ambientes, regras gerais etc. às diferenças entre as pessoas, assegurando igualdade de oportunidades<sup>408</sup>. Além disso, merece destaque também que as modificações ou ajustes da adaptação envolvem também isenções e exceções a serem concedidas não só às pessoas com deficiência, mas também a outros grupos minoritários,

<sup>405</sup> Artigo 2º, § 1º: “A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: (Vigência) I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação”.

<sup>406</sup> Artigo 3º: “Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: (...) III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social”.

<sup>407</sup> “IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias”.

<sup>408</sup> Ver MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 92.



como verificado acima, quando foi analisada a aplicabilidade da acomodação para além das pessoas com deficiência. Não se pode exigir que um homem com deficiência visual seja obrigado a prestar o serviço militar obrigatório, do mesmo jeito que não se pode exigir que um umbandista participe de festas religiosas, tais como as festas juninas.

Em relação ao ônus desproporcional ou indevido, tratarei mais detidamente de seu conteúdo e da sua utilização como parâmetro para ponderação no item 4 a seguir. No que tange ao restante da definição do artigo 2º (“[...]a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.”), entendo que o tema já fora suficientemente explorado quando tratei da relação entre igualdade, adaptação razoável e vedação à discriminação no Capítulo I. Dessa forma, remeto o leitor ao conteúdo já escrito sobre o assunto, evitando, assim, a repetição e a extensão desnecessária deste trabalho.

Merece destaque também a incorporação do conceito de adaptação razoável, que está não só em plena conformidade com o bloco de constitucionalidade, mas também com os parâmetros de igualdade<sup>409</sup> e de reconhecimento<sup>410</sup> que vêm sendo delineados no presente trabalho. Segundo o artigo 3º, inciso VI da Lei nº 13.146/2015, adaptações razoáveis são

“[...] adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais.

Antes de terminar este item, merece destaque um último conceito da convenção, que se reflete diretamente na sua aplicação. A convenção define, ao lado da adaptação razoável, diversos novos institutos aplicáveis em seu âmbito. Merece destaque, contudo, o conceito de “desenho universal”. De acordo com o artigo 2º da CDPD,

“Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá

---

<sup>409</sup> Ver também, no campo da moradia, o artigo 32, que prevê uma interessante política pública: “Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte: (...) III - em caso de edificação multifamiliar, garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos;”

<sup>410</sup> No sentido do reconhecimento intersubjetivo, deve-se destacar o esforço realizado pelo estatuto, no sentido da inclusão da pessoa com deficiência, em diversos campos da vida como na educação inclusiva (artigo 27 e ss.), no ambiente de trabalho (artigo 37 e ss) e na área da ciência e tecnologia (artigo 77 e ss.)

as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Igualmente, o artigo 3º da Lei nº 13.146/2015 define arranjo universal como a “concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva”. Ele inclui, assim como na adaptação razoável, uma novidade em seu conceito em relação àquele presente na convenção: os recursos de tecnologia assistiva.

O desenho universal, portanto, consagra uma ideia já trazida no Capítulo I deste trabalho: a de que a adaptação razoável, por não eliminar por completo a situação discriminatória, é uma opção segundo melhor (*second best*), permanecendo o grupo vulnerável em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes<sup>411</sup>. A Convenção, de forma muito correta, preferiu que o desenho universal tivesse prioridade sobre a adaptação razoável. É que, sendo a adaptação uma forma segundo melhor de resolver questões de igualdade e discriminação, já que, por vezes, vai acabar por manter uma relativa questão de desigualdade, o ideal é que produtos, ambientes, programas e serviços sejam concebidos, *a priori*, de uma forma que possibilite a todos acesso com igualdade de oportunidades.

A primazia do desenho universal sobre a adaptação razoável pode ser extraída tanto da Convenção quanto do Estatuto quando trazem a previsão, logo em sua definição, de que o desenho universal busca a inclusão das pessoas com deficiência “sem necessidade de adaptação ou de projeto específico”. Mas não é só. A Lei nº 13.145/2015, de forma correta, previu expressamente a subsidiariedade da adaptação razoável em relação ao desenho universal, quando trata da acessibilidade, nos artigos 55 e seguintes<sup>412</sup>.

<sup>411</sup> Esse ponto é bem apontado por CORBO, Wallace. **Discriminação indireta...** Op. cit., p. 251.

<sup>412</sup> Confira-se o artigo 55: “A concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade”.

§ 1º O desenho universal será sempre tomado como regra de caráter geral.

§ 2º Nas hipóteses em que comprovadamente o desenho universal não possa ser empreendido, deve ser adotada adaptação razoável.

§ 3º Caberá ao poder público promover a inclusão de conteúdos temáticos referentes ao desenho universal nas diretrizes curriculares da educação profissional e tecnológica e do ensino superior e na formação das carreiras de Estado.

§ 4º Os programas, os projetos e as linhas de pesquisa a serem desenvolvidos com o apoio de organismos públicos de auxílio à pesquisa e de agências de fomento deverão incluir temas voltados para o desenho universal.

§ 5º Desde a etapa de concepção, as políticas públicas deverão considerar a adoção do desenho universal.

O desenho universal traz a ideia de que a inclusão por meio da universalidade é prioritária em relação às acomodações<sup>413</sup>. E não existem razões para se pensar diferentemente. É preferível que uma estação de metrô seja construída de acordo com o desenho universal, com rampas e elevadores para todos, do que se construir ou improvisar rampas de acesso. É preferível que as escolas tenham professores que saibam a Língua Brasileira de Sinais – “Libras” (escola inclusiva) do que tenham tradutores em sala de aula ou que sejam criadas escolas especiais<sup>414</sup>. Afinal, escolas especiais não promovem inclusão, nem relações de reconhecimento intersubjetivo. As medidas do arranjo universal buscam, portanto, evitar que seja necessária a adaptação razoável, promovendo a igualdade e a inclusão já na norma, conduta ou ato geral, evitando que ocorram discriminações indiretas.

---

<sup>413</sup> Embora não dito de forma expressa como aqui, esse parece ser também o entendimento de Agustina Palacios: “Desse modo, se a acessibilidade universal pode, entre outras facetas, ser entendida como uma condição para o gozo e exercício dos direitos, o princípio do desenho universal pode ser compreendido como uma estratégia para o logro dessa condição [acessibilidade universal]. É dizer, pode se entender que mediante a técnica do desenho universal se aspira à realização da acessibilidade universal. É por ela que o desenho universal para todos pode ser considerado como um meio, um instrumento, uma atividade, dirigida ao alcance de dito fim.

Agora bem, em determinadas circunstâncias, e havendo-se aplicado plenamente o princípio do desenho universal, pode acontecer que nos encontremos ante uma situação particular (não previsível mediante o desenho universal) que requeira medidas específicas. É aí que adentramos no conceito de adaptação razoável.”. Cf. PALACIOS, Agustina. Op. cit., p. 407 (tradução livre).

<sup>414</sup> Nesse sentido, foi ajuizada a ADI 5357 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) para questionar a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e *caput* do artigo 30 da Lei nº 13.146/2015. Segundo a entidade, as normas representavam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes. A CONFENEN alegava, ainda, que os dispositivos estabeleciam medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas. No julgamento, a Corte considerou os dispositivos atacados constitucionais, decidindo que o acesso universal com uma escola inclusiva é uma exigência do artigo 24 da CDPD. Dessa forma, as escolas deveriam realizar as adaptações necessárias, sem que esse custo fosse repassado aos alunos. Destaque-se o seguinte excerto do excelente voto do Ministro Relator Luiz Edson Fachin: “Para além de vivificar importante compromisso da narrativa constitucional pátria – recorde-se uma vez mais a incorporação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, CRFB – o ensino inclusivo milita em favor da dialógica implementação dos objetivos esquadriados pela Constituição da República.

É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

[...]

Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade. Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão da cautelar. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5357 MC-REF/DF. Plenário. Relator Ministro Luiz Edson Fachin. Julg. 09 jun. 2016. **DJe** 11 nov. 2016.

Obviamente, nem sempre será possível que a discriminação seja previamente combatida na elaboração do desenho universal. Até por isso a convenção prevê que o desenho universal deverá ser concebido para que os produtos, ambientes, programas e serviços possam ser utilizados, “na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”. Nesses casos, a adaptação razoável será subsidiária para realizar as acomodações necessárias para situações não abrangidas ou não resolvidas pelo desenho universal em uma circunstância específica. Por isso, a convenção diz que o desenho universal “*não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias*”. Dessa forma, além de ser aplicada de forma subsidiária e *a posteriori*, a adaptação razoável possui uma relação de *complementariedade* com o desenho universal, que, assim como outras medidas mais eficientes de promoção da igualdade e de combate à discriminação indireta, possui, por sua vez, uma preferência *prima facie* em relação à acomodação razoável. A pergunta a se fazer é: *existe algum modelo universal que pode promover a igualdade e combater a discriminação no caso?*

A situação narrada no Capítulo I da pessoa transexual ilustra bem essa pergunta. Naquele exemplo, a utilização do banheiro (masculino ou feminino) pela pessoa de acordo com o gênero com o qual se identifica é uma situação de combate à discriminação que se encaixa no arranjo universal (já existem banheiros para homens e para mulheres). A utilização do banheiro por pessoa transexual de acordo com sua identidade de gênero é medida que permite que ela participe do desenho universal. Realizar qualquer adaptação razoável nesse sentido manteria ou, até mesmo, promoveria uma situação de discriminação, de forma desproporcional, na medida em que existe um ajuste capaz de agir mais efetivamente na promoção da igualdade.

Quando o arranjo universal não puder enfrentar, de modo satisfatório, uma relação de desigualdade, deverá ser aplicada a acomodação razoável. Outra situação ocorrerá quando os produtos, os ambientes, os programas e os serviços não forem concebidos de modo universal. Assim, desde logo, a adaptação razoável será utilizada para corrigir situações de desigualdade, tal como no caso da estação do metrô citada acima não concebida de acordo com o desenho universal.

Por fim, como já implicitamente demonstrado no exemplo anterior da utilização do banheiro por pessoas transexuais, a ideia de desenho universal é extensiva para lidar com todas as situações de discriminação indireta que venham a demandar a realização de uma adaptação razoável. Ela se aplica, então, a todas as situações envolvendo pessoas com deficiência, liberdade religiosa, direitos culturais etc.

Portanto, a *adaptação razoável é subsidiária e complementar ao desenho universal*, devendo ser analisada e utilizada sempre *a posteriori*, quando esse arranjo não for suficiente para lidar com a situação discriminatória, de forma razoável e proporcional. Esclarecidas as premissas e os fundamentos da adaptação razoável na Constituição e na Convenção, tentarei de responder a seguinte pergunta: o que é razoável?

### 3.3 Limites e restrições da adaptação: o que é “razoável”?

#### 3.3.1 O conceito jurídico de razoabilidade

O item 3 deste capítulo se dedica a traçar um conteúdo para o “razoável” que compõe a “adaptação”. Mas o que seria razoável? E ônus desproporcional? A primeira pergunta será respondida neste item, enquanto a segunda será objeto de análise adiante.

Nem toda adaptação será razoável. A própria definição prevista na CDPD traz como limitador da adaptação o ônus indevido. Como será demonstrado abaixo, a Suprema Corte americana definiu que “razoável” já seria uma limitação à adaptação. Contudo, no Canadá, a Corte atribuiu ao termo significado amplo, devendo o sujeito passivo adaptar até o ônus indevido. Entendo que, como um direito fundamental, a acomodação razoável deve ser interpretada da forma mais ampla possível<sup>415</sup>, como um mandamento de otimização<sup>416</sup>, sendo necessário atribuir a essa norma um caráter principiológico, com a irradiação de seus valores por todo o sistema jurídico.

Note-se que, apesar da definição analítica, prevista não só na CDPD, mas também no Estatuto da Pessoa com Deficiência, nada impede que se atribua à adaptação o *status* de princípio jurídico. É que, a partir de uma análise puramente textual, pode-se formular, com nitidez, uma norma de direito fundamental que expressa o seu significado<sup>417</sup>. Isso quer dizer que, dentro da estrutura principiológica, há um conteúdo mínimo extraído do próprio dispositivo, que possui uma estatura tão rígida como uma regra<sup>418</sup>.

<sup>415</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 106.

<sup>416</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 90.

<sup>417</sup> Ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**... Op. cit., p. 80.

<sup>418</sup> É que se pode extrair, por exemplo, do artigo 5º, inciso LIV, da CF: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Pode até haver alguma dúvida interpretativa quanto ao conteúdo do que seja o devido processo legal; ou se determinado julgamento violou o devido processo. Mas a vedação de prisão arbitrária de alguém sem qualquer processo é uma regra mínima extraída diretamente de dessa norma principiológica.

Nesse sentido, um mesmo dispositivo pode, até mesmo, originar uma regra e um princípio – ou ambos -, embora isso nem sempre ocorra<sup>419</sup>. Além disso, como bem assinala Humberto Ávila, “não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência” e que “apesar de os princípios não possuírem um caráter formalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamento a serem adotados”<sup>420</sup>. Daí que o ponto decisivo não é a ausência de prescrição de comportamentos e de consequências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências<sup>421</sup>. Portanto, pode-se concluir que os princípios, especialmente quando positivados no texto constitucional, possuem um conteúdo normativo mínimo. Isso quer dizer que, dentro de todo princípio extraído do texto, há um conteúdo que permite sua aplicação como regra, em função de sua literalidade: uma regra (ainda que mínima e com algumas peculiaridades) dentro do princípio.

Outro parâmetro para a definição do “razoável” pode ser extraído do conceito de razoabilidade<sup>422</sup> da teoria de Humberto Ávila<sup>423</sup>. O autor divide a razoabilidade em três tipos, a partir da leitura da jurisprudência do STF: (i) razoabilidade como equidade; (ii) razoabilidade como congruência; e (iii) razoabilidade como equivalência.

*A razoabilidade como equidade*<sup>424</sup> exigiria a harmonização da norma geral com o caso individual. Ela serve, portanto, como instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio de justiça. Assim, uma norma é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não

---

<sup>419</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>420</sup> Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios...** Op. cit., p. 43.

<sup>421</sup> Ibidem.

<sup>422</sup> Há, na doutrina, uma divergência em relação à distinção ou não entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade. Sustentando que os conceitos seriam distintos, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 138-148; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 310-318. Em sentido contrário, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 83. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição...** Op. cit., p. 244. Este, contudo, não é o espaço para desenvolvimento do tema. Brevemente, entendo que as nomenclaturas são intercambiáveis e que, embora o princípio da proporcionalidade esteja, em geral, atrelado aos três subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ele também pode, lido de modo mais amplo, englobar os significados que normalmente são atribuídos à razoabilidade.

<sup>423</sup> Utilizando essa mesma ideia de razoabilidade para completar o conceito da adaptação e para delimitá-la, MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit.

<sup>424</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 139-142.

é excluída pela razão motivadora da própria norma ou por um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação do enunciado são satisfeitas, mas mesmo assim ele não é aplicado. Exige-se, portanto, que os enunciados gerais e abstratos sejam apreciados à luz do caso concreto, de modo que se harmonize o enunciado com as particularidades do caso: indica, pois, a necessidade de justiça particular<sup>425</sup>.

A *razoabilidade como congruência*<sup>426</sup> seria a exigência de harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. A razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente. Assim, nos casos em que o legislador elege uma causa inexistente ou insuficiente, ou, ainda, nas hipóteses de anacronismo legislativo, a interpretação das normas requer o confronto de parâmetros externos a elas. Além disso, a razoabilidade exigiria também uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida utilizada. Afinal, diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade, como já trabalhado no Capítulo I.

Por fim, a *razoabilidade como equivalência*<sup>427</sup> exigiria uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que dimensiona (por exemplo, a relação entre a pena e o ato ilícito).

No caso da adaptação razoável, o segundo vocábulo da locução amolda-se melhor no conceito de *razoabilidade como congruência*. Nesse sentido, a razoabilidade se impõe como critério que legitima, à luz do caso concreto, a diferenciação como forma de garantir a isonomia (substantiva, tal como analisada no Capítulo I). Por outro lado, pode servir também como um limitador da adaptação. É que, por vezes, a congruência entre a realidade empírica e o enunciado normativo pode exigir que não haja adaptação, visto que haveria uma significativa diminuição de sua finalidade e uma limitação lógica, empírica ou, ainda, uma ablação desproporcional de outro direito fundamental relevante. Assim, não é razoável que um policial militar alegue que não portará armas, nem realizará patrulhamento ostensivo, porque a violência eventual de sua atividade de fiscalização afronta sua religião pacifista<sup>428</sup>. Haveria, nesse caso, uma aproximação

---

<sup>425</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 105.

<sup>426</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 142-145.

<sup>427</sup> Ibidem, p. 145-146.

<sup>428</sup> Martel defende que não é razoável que, a pretexto de adaptar determinado ambiente de trabalho para uma pessoa com deficiência, se abdique do equipamento de proteção individual (EPI), que visa à segurança no meio ambiente do trabalho, porque a adaptação bloquearia o fim da medida pretendida pela norma. Não concordo, contudo, com essa posição. Entendo que, se tal decisão atinge o indivíduo de tal forma que a religião passa a ser mais importante que sua saúde e sua vida, não há porque obrigá-lo a utilizar o equipamento. O ponto será mais bem analisado adiante.

com a segunda etapa da proporcionalidade, a necessidade, em que se avalia se o meio escolhido é o menos gravoso<sup>429</sup>. Sem embargo, o resultado não necessariamente levará à invalidação da norma, mas, antes, deve-se tentar solucionar esse dilema recorrendo-se a decisões intermediárias<sup>430</sup>.

A razoabilidade como congruência impõe também que, na acepção do razoável, busque-se a aferição do ônus indevido, porquanto as circunstâncias fáticas e jurídicas podem impor uma limitação à acomodação<sup>431</sup>. O termo razoável deve ser eficaz, no sentido de garantir a adaptação do ambiente material, social e normativo, com o mínimo de segregação e estigma possível e com atenção às particularidades exigidas em cada caso. Isso é corolário do direito ao reconhecimento, que norteia aplicação da adaptação, evitando discriminações, constrangimentos e humilhações, ao buscar reconhecimento intersubjetivo e estima social. Dessa forma, medidas que adaptem de forma discriminatória e humilhante não configuram acomodações razoáveis. Nessa acepção, a adaptação razoável é incompatível com o exemplo dado no Capítulo I, que tratava da pessoa transexual que queria utilizar o banheiro do gênero com o qual se identificava. Não deve ser criado um banheiro para pessoas transexuais, porque tal adaptação seria discriminatória, não se qualificando, portanto, como uma medida razoável (razoabilidade como congruência). Da mesma forma, também não seria razoável chamar de adaptação a utilização do banheiro do gênero com o qual a pessoa transexual se identifica. É que qualificar tal medida como uma adaptação razoável também seria discriminatória, por ser possível a utilização do conceito do desenho universal para tratar a questão.

Outro conteúdo da razoabilidade, também aplicável à adaptação razoável, pode ser extraído da jurisprudência da Corte Constitucional da Argentina e da Suprema Corte do Estados Unidos, no caso da razoabilidade das classificações suspeitas, conforme lembrado por Roberto Saba ao tratar da igualdade como não discriminação e da desigualdade estrutural<sup>432</sup>. No caso *García Monteavaro c/ Amoroso y Pagano*<sup>433</sup>, a Corte Suprema de Justiça da Argentina definiu que a garantia do artigo 16 da Constituição daquele país não impõe uma igualdade rígida, na medida em que confere uma ampla latitude de discricionariedade e sabedoria ao Poder Legislativo para ordenar e agrupar, distinguindo e classificando objetos da legislação sempre

---

<sup>429</sup> Ver MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 106.

<sup>430</sup> Ibidem.

<sup>431</sup> Ibidem.

<sup>432</sup> SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Op. cit., p. 59-70.

<sup>433</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça da Argentina. *García Monteavaro, Julio Efraín c/ Amoroso y Pagano s/ Bonificación Estatuto del Periodista*. Sentença de 14 jun. 1957.



que as distinções ou as classificações se basearem em diferenças razoáveis, e não em propósitos de hostilidade contra determinadas classes ou pessoas.

Saba relaciona esse precedente ao caso *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*<sup>434</sup>, julgado em 1920 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e ao *Reed v. Reed*<sup>435</sup>, de 1971. No primeiro, a Corte assentou que a classificação deve ser razoável, não arbitrária e deve fundar-se na diferença de tratamento em uma relação justa e substancial entre ela e o objetivo buscado pela legislação, de modo que todas as pessoas que estejam em circunstâncias semelhantes sejam tratadas da mesma forma. Em relação ao segundo, a Corte estabeleceu que qualquer classificação deve ser razoável, não arbitrária e deve fundamentar-se em algum tipo de diferenciação que tenha vinculação, substancial e justa, com o propósito da legislação, de maneira que todas as pessoas em circunstâncias similares sejam tratadas de forma igual.

Saba destaca a diferenciação, traçada pela Suprema Corte estadunidense, entre razoabilidade (*reasonableness*) da relação entre a classificação realizada e o fim buscado (*classifications-end relationships*) e a “racionalidade” (*rationality requirement*) como princípio mais amplo e geral, que se refere à relação entre os meios e os fins que se vincula com o devido processo legal<sup>436</sup>. Ambos não são a mesma coisa, sendo a racionalidade ligada à proporcionalidade entre os meios e os fins, enquanto a razoabilidade indica a necessidade de não se estabelecer classificações arbitrárias<sup>437</sup>. Este último critério permite distinguir os tratamentos diferenciados constitucionalmente permitidos dos proibidos<sup>438</sup>. Assim, o autor entende que, para aperfeiçoar o princípio da igualdade de tratamento em igualdade de circunstâncias (igualdade perante a lei), exige-se um segundo *standard* que prescreva que essas circunstâncias devem ser razoáveis<sup>439</sup>.

Por razoáveis, deve-se entender que essas circunstâncias guardam, entre si, uma relação de funcionalidade ou de instrumentalidade entre o fim buscado pela norma e o critério ou categoria escolhido para justificar o tratamento diferenciado<sup>440</sup>, o que é similar ao que a Suprema Corte fez em *Reed. v. Reed*. É nesse sentido que, segundo Saba, Rawls propõe a interpretação de sua razoabilidade funcional, segundo a qual se deve adotar os meios mais

<sup>434</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *F. S. Royster Guano v. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920).

<sup>435</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

<sup>436</sup> SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Op. cit., p. 62.

<sup>437</sup> Ibidem.

<sup>438</sup> Ibidem.

<sup>439</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>440</sup> Ibidem.

efetivos para alcançar determinados fins<sup>441</sup>. Destaque-se que Saba confunde os conceitos de racionalidade, que Rawls utiliza para caracterizar as partes na posição original, com o de razoabilidade que, como explica o autor em seu “liberalismo político”, são coisas distintas. Contudo, apesar da nomenclatura diversa, utilizarei este conceito de racionalidade em Rawls como um dos parâmetros da razoabilidade – a razoabilidade funcional –, tal como faz Saba.

De forma parecida, Post aplicou essa razoabilidade funcional de Rawls no caso das relações trabalhistas, possibilitando que a aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao caso particular dos contratos de trabalho justifique os tratamentos diferenciados por parte do empregador, com base no que chamou de razão instrumental<sup>442</sup>. Apoiando-se nessas premissas, Saba entende que a igualdade de tratamento perante a lei requer um duplo juízo: (i) deve-se estabelecer qual o fim perseguido pela norma; e (ii) deve-se encontrar uma relação de funcionalidade ou de instrumentalidade entre o critério escolhido e o fim buscado<sup>443</sup>.

É bem verdade que a jurisprudência e os autores, especialmente o próprio Saba, utilizam essa noção de razoabilidade para a igualdade perante a lei, que está mais relacionada à igualdade formal do que à igualdade substantiva, tal como busquei delinear no Capítulo I. Porém, não vejo motivos pelos quais essas ideias de razoabilidade também não possam ser aplicadas para integrar a locução ao lado da adaptação. A exigência de que a adaptação seja apta a atingir o fim perseguido pela igualdade, com uma relação de eficiência, não discriminatória e não arbitrária entre o meio e o fim buscados, se aproxima do significado de *razoabilidade como congruência*, já delineado acima.

Portanto, essa razoabilidade fundamenta que as medidas adaptativas busquem sempre promover a igualdade, evitando a perpetuação ou o agravamento de uma situação desigual. Da mesma forma, a medida utilizada deve ser a mais eficiente<sup>444</sup>. Assim, a adaptação a ser realizada

---

<sup>441</sup> Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. cit., p. 16-17: “Ademais, deve-se interpretar o conceito de racionalidade, na medida do possível, no sentido estrito, que é o mais comum na teoria econômica, de adotar os meios mais eficazes para determinados fins”.

<sup>442</sup> POST, Robert C. Prejudicial appearances: the logic of American Antidiscrimination Law. Op. cit., p. 20.

<sup>443</sup> SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. Op. cit., p. 65.

<sup>444</sup> Nesse sentido, cf. WADDINGTON, Lisa. When it is reasonable for europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is 'reasonable' from a comparative perspective. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 29, n. 3, p. 317-340, 2008. A autora faz um estudo comparado sobre os significados que o termo “razoável” vem assumindo no direito comparado europeu em relação à adaptação razoável para pessoas com deficiência. No primeiro sentido, “razoável” seria visto como a não imposição de dificuldades excessivas ou custos ao empregador ou outra parte coberta por ela. Na segunda abordagem, uma medida seria razoável quando fosse efetiva em permitir, de forma relevante, que o indivíduo realizasse as tarefas e atividades necessárias, notadamente no seu emprego. Esse sentido vem sendo utilizado pela legislação holandesa, pela irlandesa (*Irish Employment Equality Act 1998-2004*) e pelo Código de Trabalho Francês. Por fim, na terceira acepção, “razoável” estaria ligado ao fato de que a adaptação deve ser, ao mesmo tempo, efetiva e não deve impor inconvenientes significantes ou custos ao empregador ou à parte coberta pela adaptação. Como se extrai do exposto até aqui, entendo que o

é aquela que melhor satisfaz a igualdade substantiva, tal como delineada no Capítulo I. Não há qualquer incompatibilidade entre a igualdade substantiva e a adaptação razoável com a utilização desses critérios. Além disso, esse sentido de *razoabilidade como funcionalidade ou instrumentalidade* se aproxima do subprincípio da necessidade, assim como demonstrado na *razoabilidade como congruência*, e também do subprincípio da adequação. É que tanto na razoabilidade como funcionalidade, quanto no subprincípio da adequação busca-se uma medida apta a atingir os fins perseguidos. No tocante à necessidade, assim como na razoabilidade como funcionalidade, almeja-se uma medida apta a alcançar os fins e que seja a menos gravosa possível, ou seja, a medida deve ser a mais eficiente para alcançar o fim desejado, impondo o menor sacrifício.

Portanto, o vocábulo “razoável”, na locução “adaptação razoável” faz com que a adaptação guarde uma correlação de adequação e necessidade com o fim a que se destina. A adequação e a necessidade são, nesse sentido, os subprincípios do princípio da proporcionalidade, na qual se baseia a teoria da ponderação de Alexy.

Antes de passar ao próximo ponto desta seção, deve-se ilustrar o que foi dito acima. No caso *Bhinder*<sup>445</sup>, a Suprema Corte entendeu que o empregador não deveria realizar a acomodação pleiteada pelo Sr. K. S. Bhinder, que se recusava a utilizar capacete no local de trabalho, em função de sua religião *sikh* exigir o uso do turbante, o que inviabilizaria a utilização do equipamento de segurança. A Corte entendeu que a exigência do empregador era normal, diante dos riscos daquela profissão e não discriminatória, sendo, portanto, uma exigência razoável e de boa-fé. Contudo, entendo que tal decisão foi equivocada à luz do que deve ser a adaptação razoável<sup>446</sup>. De fato, a norma que previa a utilização do EPI pelo Sr. *Bhinder* era apta a promover o fim desejado de promover a segurança e a saúde do empregado, não havendo qualquer conotação discriminatória. Sem embargo, a decisão não leva a sério um dos requisitos da igualdade substantiva, na qual se baseia o presente trabalho: as iguais liberdades.

---

“razoável” deve ser utilizado no segundo sentido, tal como concebido pela legislação irlandesa, pela holandesa e pela francesa. A primeira acepção tornaria quase impossível a realização de acomodações, enquanto a segunda limitaria excessivamente o alcance do direito. É que a promoção de medidas igualitárias, por vezes, gera custos e inconvenientes necessários para desestabilizar o *status quo* desigual. Aceitar o primeiro e o terceiro significados diminuiria consideravelmente o potencial da adaptação razoável de reduzir desigualdades.

<sup>445</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Bhinder v. CN*, [1985] 2 S.C.R. 561.

<sup>446</sup> Em sentido contrário, cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 107-112. A autora defende que tal medida não contraria o fim pretendido pela norma que institui o EPI, ou seja, a proteção do trabalhador.

Entendo que o empregador deve informar o empregado dos riscos de sua decisão e fornecer gratuitamente o EPI, tal como prevê a legislação brasileira inclusive<sup>447</sup>. No entanto, no caso brasileiro, a regra do artigo 158, inciso I da CLT<sup>448</sup> deve ser vista com temperamentos, tornando-a compatível com a adaptação razoável e, por conseguinte, com a Constituição. É que, tendo o empregador cumprindo sua parte, não há motivos para desconfiar de que ele esteja fraudando a lei com o objetivo de se furtar de sua obrigação de fornecer EPI aos empregados.

Por outro lado, o empregado pode recusar a utilização do capacete, de forma legítima, caso a vestimenta vá de encontro à sua liberdade religiosa. Tal interpretação demonstra-se razoável (*razoável como funcionalidade*), porque confere ao indivíduo maior autonomia moral em relação às suas escolhas de vida. Se a religião possui um peso moral existencial tão grande na vida de uma pessoa ao ponto de ela preferir colocar em risco a sua saúde e a sua vida, em nome de um agir conforme a sua fé, não cabe ao Estado, nem ao empregador puni-lo por professar uma religião minoritária. Tal medida seria paternalista, impedindo que o indivíduo possa analisar o peso relativo de cada situação para a sua vida. Ela é, assim, mais eficiente em promover a igualdade substantiva, satisfazendo os requisitos de razoabilidade propostos acima, na medida em que promove igual liberdade dos cidadãos, no sentido de escolher e professar sua fé, ainda que tal escolha aumente os riscos para aquela pessoa. Daí a necessidade de que a pessoa seja devidamente alertada dos riscos e lhe sejam fornecidos o EPI, cabendo a ela a opção de usá-lo ou não, de acordo com a liberdade religiosa.

Outro aspecto importante da razoabilidade é que é razoável exigir a participação da parte que possui direito à acomodação na construção da medida, do ajuste, da isenção ou da escusa que buscará combater a discriminação indireta. Como bem analisou a Suprema Corte canadense no caso *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*<sup>449</sup>, a busca pela acomodação é uma investigação multipartes. O titular do direito à acomodação também possui o dever de assistir o devedor na busca por uma adaptação apropriada. Segundo a Corte, quando o empregador oferece uma proposta que é razoável e pode, se implementada, atender o dever de

---

<sup>447</sup> Confira-se o artigo 166 da CLT: “A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”.

<sup>448</sup> Artigo 158 da CLT: “Cabe aos empregados:

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”;

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (...) II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”.

<sup>449</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

acomodação, o titular do direito de acomodar tem o dever de facilitar a implementação da proposta. Se o titular do direito, naquele caso, o empregado, recusar a adaptação razoável ou rejeitar a acomodação, poderá ser negada a adaptação pretendida pelo empregado, sem que se possa falar em discriminação. Nesse caso, o empregador se desincumbe do dever de adaptar, o que, no caso analisado pela Corte, acarretaria a demissão com justa causa.

Portanto, é razoável exigir que haja um diálogo entre o titular do direito e o devedor da obrigação de acomodar. Essa exigência, que tem lastro no julgado da Suprema Corte canadense apresentado acima, se baseia em parte na relação entre democracia e adaptação razoável, mencionada no Capítulo I: a ideia de que o outro vê o “ponto cego” e de que a inclusão permitida pela adaptação gera relações de reconhecimento e um novo ponto de vista sobre diferentes aspectos da vida. A acomodação razoável, como já mencionado diversas vezes ao longo deste trabalho, tem uma atribuição especial na correção dos efeitos adversos da discriminação indireta. Na discriminação indireta, em geral, não se verifica a intenção de discriminar do agente, até porque se tem um ato, comando ou medida de caráter geral. Assim, é comum que o sujeito que possui o dever de adaptar não tenha conhecimento de que determinado ato é discriminatório, nem tenha a intenção de discriminar. O empregador que não sabe que possui um empregado adventista de sétimo dia e que o obriga a trabalhar aos sábados não discrimina intencionalmente. Por isso, o diálogo permite que o empregador venha a aprender e a entender um pouco sobre os dogmas da religião de seu empregado.

Além disso, as demandas por acomodação podem interferir diretamente na agenda e na produção legislativa, com a reformulação da legislação para incorporar medidas, isenções, exceções e modificações necessárias, o que enseja uma atuação preventiva no combate a discriminações, e não repressiva, quando já ocorrera a discriminação<sup>450</sup>. Assim, a importância do diálogo se liga à melhor forma de implementar a medida adaptativa tanto para o sujeito ativo da obrigação quanto para o passivo, estimulando relações de reconhecimento intersubjetivo, a inclusão e o fomento de novas visões sobre a vida, sob perspectivas distintas de mundo. Ela pode vir a se refletir também na produção normativa, ocasião na qual medidas, isenções, exceções e modificações necessárias já serão incorporadas à produção legislativa.

Por fim, merece destaque o fato de que a razoabilidade de uma medida adaptativa não deve levar em conta somente o custo para a sua implementação. É essencial que os benefícios sociais sejam levados em conta na adaptação. Não se trata apenas de uma questão de custo-

---

<sup>450</sup> Nesse sentido, ver WOEHLING, José. L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*, v. 43, p. 357-359, 1998.

benefício, em termos econômicos: os ganhos sociais, como igualdade, reconhecimento intersubjetivo e inclusão, têm um peso significativo na análise do que é razoável<sup>451</sup>. A promoção da dignidade e o combate à estigmatização possuem um peso relativo superior aos custos decorrentes da adaptação<sup>452</sup>. Isso significa que uma medida que exija um grande custo econômico para a sua implementação pode ser razoável por promover valores relevantes sob o prisma constitucional, tais como os mencionados acima e ao longo deste trabalho, e por combater estigmas.

Dessa forma, à luz do Direito, o razoável que compõe a locução com a adaptação é composta pelas seguintes ideias: (i) razoabilidade como congruência; (ii) razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade; (iii) esses três elementos da razoabilidade se ligam aos subprincípios da adequação e da necessidade; (iv) o diálogo também compõe uma exigência de razoabilidade; e (v) a razoabilidade deve levar em consideração o benefício social, como a implementação de valores constitucionais, da inclusão e do combate à discriminação, em relação ao custo-benefício econômico. O benefício social, portanto, goza de uma prevalência *prima facie*, com um peso relativo superior aos gastos gerados com a medida.

Em relação à análise da razoabilidade, deve-se verificar se a medida objetivada com a acomodação supera ou reduz, de forma significativa e eficaz uma situação discriminatória, buscando alcançar os ideais da igualdade substantiva e de reconhecimento delineados neste trabalho.

### 3.3.2 A razoabilidade e a convivência de doutrinas abrangentes na sociedade

O conceito de razoabilidade não se circunscreve somente ao Direito. Vários autores da filosofia trabalham o conceito como base de sua teoria. Como mencionado brevemente no item 3.1 anterior, Rawls, em seu “Uma teoria da justiça”, criou o conceito de racionalidade como eficiência, a que Saba utilizou como sinônimo de razoabilidade funcional, atrelando-a a uma relação de eficiência entre os meios e os fins. A razoabilidade funcional foi agregada na parte anterior, quando tratei dos diversos conteúdos jurídicos de razoabilidade.

---

<sup>451</sup> Essa ideia é extraída de SUNSTEIN, Cass R. Cost-benefit analysis without analyzing costs of benefits: reasonable accommodation, balancing and stigmatic harms. **University of Chicago Law & Economics**, Olin Working Paper nº 325; **University of Chicago, Public Law**, Working Paper nº 149, p. 8-9, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Acesso em: 05 out. 2016.

<sup>452</sup> Ibidem.

Contudo, nesta seção, não me deterei sobre a racionalidade funcional, mas sobre o próprio conceito de razoabilidade e de razoável, que são bastante relevantes para Rawls em “O liberalismo político”. Não busco, propriamente, transplantar a teoria, mas, de forma instrumental, utilizar os conceitos teóricos para formular a ideia de razoabilidade. Independentemente de determinadas minorias não terem sido pensadas em suas minorias, tais como as comunidades tradicionais indígenas, as categorias criadas são úteis para ajudar na tarefa de analisar quais demandas devem ser adaptadas, incluindo aquelas veiculadas por esses grupos.

A ideia do referido livro é rever, em parte, algumas ideias propostas por ele em teoria, de modo a permitir a convivência de doutrinas abrangentes razoáveis na sociedade, ainda que essas doutrinas sejam contraditórias e conflitem entre si. Desse modo, Rawls tenta compatibilizar sua teoria da justiça, com os dois princípios aplicáveis à estrutura básica da sociedade, de forma que, ao mesmo tempo, as pessoas que, apesar de professarem doutrinas abrangentes razoáveis (doutrinas religiosas, políticas, filosóficas e morais) contraditórias e conflitivas entre si, aceitem os princípios de justiça, mantendo a estabilidade da sociedade, alcançando o que o filósofo denominou consenso sobreposto. A ideia por trás disso é tentar responder: até onde a sociedade deve aceitar e tolerar doutrinas (ideias, atos, condutas etc.) que sejam incompatíveis com os princípios de justiça e com uma sociedade estável?

Essa concepção está diretamente ligada à adaptação razoável. Em alguma medida – e, em diversos momentos – surgirá a questão sobre se determinada demanda deverá ser acomodada, visto que viola outros direitos fundamentais. Para ilustrar a pergunta, seguem alguns casos: deve o Estado acomodar a prática religiosa que prevê a clitorectomia de meninas? Deve o Estado permitir que índios de determinada tribo sejam punidos internamente, pelas próprias regras da comunidade, sem que o culpado seja submetido à pena privativa de liberdade? Uma testemunha de Jeová pode se recusar a receber transfusão de sangue? E os pais podem impedir que seu filho a receba? Um filho pode ser dispensado de frequentar a escola em nome de uma tradição religiosa?

As perguntas acima se referem a casos já enfrentados pelo Poder Judiciário de diversos países. E todas elas envolvem uma demanda por acomodação. Porém, todas essas perguntas deverão ser respondidas positiva ou negativamente? Entendo que não. O conceito de razoabilidade nos ajuda nessa investigação.

Rawls entende que a distinção entre o razoável e o racional remontaria a Kant e estaria expressa na diferença entre imperativo categórico e o imperativo hipotético<sup>453</sup>. O primeiro representaria a razão prática pura e o segundo a razão prática empírica. Assim, para uma concepção política de justiça, razoável possuiria um sentido mais restrito, associado, em primeiro lugar, à disposição de propor e de sujeitar-se a termos equitativos de cooperação e, em segundo lugar, à disposição de reconhecer os limites da capacidade do juízo e aceitar as suas consequências<sup>454</sup>. As pessoas seriam razoáveis em um aspecto fundamental quando, entre iguais, se dispõem a propor princípios e critérios que possam constituir termos equitativos de cooperação e quando se dispõem, voluntariamente, a se submeter a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo<sup>455</sup>. Elas veem essas normas como aquelas que é razoável que todos aceitem e, em virtude disso, como justificáveis para todos que se dispõem a discutir os termos equitativos que os outros propunham<sup>456</sup>. O razoável é um componente da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e é parte da ideia de reciprocidade a suposição de que esses termos equitativos devem ser aqueles que é razoável que todos aceitem<sup>457</sup>. A ideia de reciprocidade encontra-se entre a imparcialidade, que é altruísta (o bem geral constitui a motivação) e a de benefício mútuo, quando entendido no sentido de cada um ter de se beneficiar em relação à própria situação presente ou esperada, sendo as coisas como são<sup>458</sup>.

Pessoas razoáveis não são motivadas pelo bem comum como tal, mas sim desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, na condição de pessoas livres e iguais, possam cooperar com todos os demais em termos que todos possam aceitar, insistindo que a reciprocidade prevaleça nesse mundo, de modo que cada pessoa se beneficie juntamente com as demais<sup>459</sup>. Por outro lado, pessoas não razoáveis são aquelas que estão sempre prontas para violar os termos equitativos de cooperação, quando as circunstâncias o permitem, segundo as próprias conveniências<sup>460</sup>.

O racional, por outro lado, e como já explicitado brevemente no item 3.1, é uma ideia distinta do razoável e se aplica a um agente único e unificado (quer se trate de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica), dotado de faculdades de julgamento e deliberação, ao buscar realizar

---

<sup>453</sup> Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 57.

<sup>454</sup> Ibidem.

<sup>455</sup> Ibidem.

<sup>456</sup> Ibidem.

<sup>457</sup> Ibidem.

<sup>458</sup> Ibidem.

<sup>459</sup> Ibidem.

<sup>460</sup> Ibidem.



fins e interesses que são particularmente seus<sup>461</sup>. O racional aplica-se ao modo como esses fins e interesses são adotados e promovidos, bem como à forma como são priorizados<sup>462</sup>. Aplica-se também à escolha dos meios e, nesse caso, é guiado por princípios conhecidos, como optar pelos meios mais eficiente para os fins em questão ou selecionar a alternativa mais provável, permanecendo constantes as demais condições<sup>463</sup>. Contudo, eles não se limitam ao cálculo de adequação meios-fins, e nem sempre são autointeressados<sup>464</sup>. Todo o interesse pertence a um eu, mas nem sempre implica benefícios para o eu que o tem. Agentes racionais não possuem a sensibilidade moral específica que está por trás do desejo de se engajar na cooperação equitativa e de fazê-lo em termos que possam ser razoavelmente aceitos pelos outros, na condição de iguais<sup>465</sup>. Rawls, portanto, concebe o razoável e o racional como coisas distintas e independentes, não havendo a intenção de derivar um do outro. De fato, o que é razoável não é racional, nem pretendo que, sob o ponto de vista filosófico, o sejam. A nomenclatura razoabilidade funcional foi incorporada apenas no plano jurídico para demonstrar a necessidade de que as medidas adaptativas busquem atingir seu fim de promover a igualdade, da forma mais eficiente possível. O próprio Rawls concebe o razoável e o racional como complementares sob a perspectiva da ideia de cooperação equitativa, porque estão ligadas, respectivamente, à capacidade de um senso de justiça e de uma concepção de bem<sup>466</sup>. Elas atuam em conjunto para especificar a ideia de termos equitativos de cooperação social, levando em consideração o tipo de cooperação social em questão, a natureza das partes e a posição de cada uma em relação às demais, o que faz como que nem sempre um possa dispensar o outro<sup>467</sup>. Portanto, não há razão para não os considerar em conjunto e como complementares na definição de acomodação razoável, tal como faço neste trabalho.

No entanto, para o objetivo dessa parte, focarei no conceito filosófico de razoabilidade em Rawls para acomodar doutrinas abrangentes, o que possui um enfoque mais abstrato e geral sobre diferenças que devem ser acomodadas do que a própria adequação e eficiência da medida. Seguindo na análise da razoabilidade, Rawls define, além do primeiro aspecto fundamental da disposição de propor termos equitativos de cooperação e de cumpri-los, o razoável possui um segundo aspecto relacionado à disposição de reconhecer os limites da capacidade de juízo e de

---

<sup>461</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>462</sup> Ibidem.

<sup>463</sup> Ibidem.

<sup>464</sup> Ibidem.

<sup>465</sup> Ibidem.

<sup>466</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>467</sup> Ibidem, p. 61-62.

aceitar suas consequências para o uso da razão pública, para guiar o legítimo exercício do poder político em uma democracia constitucional<sup>468</sup>. Os limites da capacidade do juízo estão ligados às fontes ou às causas da discordância entre pessoas razoáveis, ou seja, é a ideia de desacordo razoável<sup>469</sup>.

A interpretação desses limites deve ser inteiramente compatível com a razoabilidade daqueles que divergem e, por conseguinte, não pode impugnar essa razoabilidade. As doutrinas religiosas e filosóficas expressam visões de mundo e de nossa vida uns com os outros, individual ou coletivamente, como um todo<sup>470</sup>. Nossos pontos de vista individuais e associativos, afinidades intelectuais e vínculos afetivos são por demais diversificados, sobretudo em uma sociedade livre para que essas doutrinas possam servir de fundamento para um acordo duradouro e razoável<sup>471</sup>. Diferentes concepções de mundo podem ser elaboradas de forma razoável a partir de diferentes pontos de vista, e a diversidade surge, em parte, de nossas perspectivas distintas<sup>472</sup>. Assim, os limites da capacidade de juízo limitam o alcance daquilo que pessoas razoáveis acreditam que pode ser justificado a outros, o que, segundo Rawls, levaria a uma forma de tolerância e daria consistência à ideia de razão pública.

Para demonstrar esse ponto, Rawls funda o conceito de doutrinas abrangentes razoáveis, professadas por pessoas razoáveis. Segundo ele, essas doutrinas possuem três traços centrais: uma doutrina razoável é um exercício de razão teórica<sup>473</sup>, que organiza e caracteriza valores reconhecidos, de modo que sejam compatíveis entre si e expressem uma visão de mundo inteligível. Cada doutrina faria isso de uma maneira diferente, quando, por exemplo, confere-se a determinados valores uma primazia e um peso especiais<sup>474</sup>. Em segundo lugar, ao selecionar os valores que são considerados especialmente significativos e ao equilibrá-los de certa maneira quando conflitam entre si, uma doutrina abrangente razoável seria um exercício de razão prática<sup>475</sup>. Tanto a razão teórica quanto a prática, o que inclui, de modo apropriado, o racional, são utilizadas em conjunto para a sua formulação. Por último, uma terceira

---

<sup>468</sup> Ibidem, p. 64-65.

<sup>469</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>470</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>471</sup> Ibidem.

<sup>472</sup> Ibidem.

<sup>473</sup> Rawls diferencia, sob a perspectiva de Kant, a razão prática da razão teórica da seguinte forma: “razão prática se ocupa da produção de objetos de acordo com uma concepção desses objetos – por exemplo, a concepção de um regime constitucional justo considerado como o objetivo da atividade política –, ao passo que a razão teórica se ocupa do conhecimento de objetos já dados.”. Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 110. Portanto, a razão prática se refere ao valor da experiência da ação, enquanto a razão teórica serve de aproximação para a realização de julgamentos (morais) verdadeiros que se tornam base de uma ação.

<sup>474</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 70.

<sup>475</sup> Ibidem.

característica é que, embora uma visão abrangente razoável não seja necessariamente algo fixo e imutável, em geral, ela faz parte de uma tradição de pensamento e doutrina, ou deriva dessa tradição<sup>476</sup>. O liberalismo político considera razoáveis muitas das doutrinas conhecidas e tradicionais – religiosas, filosóficas e morais –, ainda que não possamos considerá-las seriamente para nós, por julgarmos que conferem peso excessivo a alguns valores e não reconhecem a importância de outros, mas não necessitamos de um critério mais rigoroso para o liberalismo político<sup>477</sup>.

Em relação aos limites da capacidade de juízo, Rawls salienta que as pessoas razoáveis não professam todas elas a mesma doutrina abrangente, e que todas as pessoas estão sujeitas a esses limites, havendo muitas doutrinas abrangentes com aceitação, que nem sempre – ou às vezes nunca – são verdadeiras<sup>478</sup>. Assim, não é desarrazoado aceitar qualquer uma de uma variedade de doutrinas abrangentes razoáveis, sendo possível que, em alguns casos, essas doutrinas razoáveis possam ser professadas de forma desarrazoada<sup>479</sup>. As pessoas razoáveis percebem que os limites da capacidade do juízo colocam restrições àquilo que pode ser razoavelmente justificado a outros e, por isso, subscrevem alguma forma de liberdade de consciência e a liberdade de pensamento<sup>480</sup>. Dessa forma, não seria razoável a utilização do poder político para reprimir doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas.

Os cidadãos, em sua condição de livres e iguais, têm uma participação igual no poder político e coercitivo coletivo da sociedade e todos estão igualmente sujeitos aos limites da capacidade de juízo<sup>481</sup>. Nenhum cidadão ou associação de cidadãos deve ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir questões sobre elementos constitucionais essenciais ou sobre justiça básica, segundo as determinações da doutrina abrangente desse cidadão ou dessa associação<sup>482</sup>. Tal autoridade seria destituída de fundamento à luz da razão pública. O que se deve propor, segundo ele, é uma forma de tolerância e de liberdade de pensamento coerente com essa argumentação. O ideal político de cidadania democrática que inclui a ideia de razão pública compreende aquilo que cidadãos livres e iguais podem razoavelmente exigir um dos outros com respeito às suas visões abrangentes razoáveis<sup>483</sup>. As

---

<sup>476</sup> Ibidem.

<sup>477</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>478</sup> Ibidem.

<sup>479</sup> Ibidem.

<sup>480</sup> Ibidem.

<sup>481</sup> Ibidem.

<sup>482</sup> Ibidem.

<sup>483</sup> Ibidem, p. 74.

diretrizes e os procedimentos da razão pública são aqueles selecionáveis na posição original e que pertencem a uma concepção política de justiça: não se pode exigir das partes aquilo que seria contrário ao que elas atribuiriam para si na posição original<sup>484</sup>.

O liberalismo político não coloca em questão se julgamentos morais e políticos são verdadeiros ou corretos: eles devem ser apenas razoáveis para ser aceitos, visto que seria impossível alcançar um acordo político razoável e praticável quando o que está em questão é o juízo sobre a veracidade de doutrinas abrangentes<sup>485</sup>.

Por fim, Rawls demonstra que o pluralismo razoável – e não o pluralismo como tal – é o único aplicável tanto nos valores da justiça política, quanto nos da razão pública<sup>486</sup>. Isso porque no primeiro momento, ambos os pluralismos seriam capazes de satisfazer a exigência de estabilidade, quando da escolha dos princípios de justiça<sup>487</sup>. Contudo, A ideia de consenso sobreposto somente aparece no segundo estágio, possibilitando a estabilidade dos princípios de justiça também nesse segundo momento<sup>488</sup>. A estabilidade em uma sociedade democrática requer que a sua concepção política possa ser objeto de um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis que possam apoiar o regime constitucional<sup>489</sup>. Um consenso como este consiste em todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais que são tanto razoáveis como conflitantes e que provavelmente persistirão ao longo de gerações e conseguirão conquistar um número considerável de adeptos em um regime constitucional mais ou menos justo, no qual o critério de justiça é aquela concepção política ela própria<sup>490</sup>.

A complexidade da razoabilidade da teoria rawlsiana (pessoas razoáveis e as doutrinas abrangentes razoáveis que estão inserida e protegidas no liberalismo político) é notória. Existem muitas outras nuances em sua teoria, que fogem ao objetivo deste item. A teoria descrita acima resulta em duas importantes conclusões para este trabalho. Rawls busca reformular sua teoria da justiça trazendo para ela estabilidade, diante do pluralismo razoável. Isso significa que, dado o fato inevitável do pluralismo em uma sociedade, as pessoas não precisariam acordar sobre tudo, mas tão somente naquilo que pudesse ser aceito por todos para viabilizar o exercício de diferentes doutrinas abrangentes. Significa que os princípios de justiça dessa sociedade – a justiça como equidade – devem possibilitar as escolhas de bem dos cidadãos livres e iguais,

---

<sup>484</sup> Ibidem.

<sup>485</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>486</sup> Ibidem, p 76.

<sup>487</sup> Ibidem, p. 76-77.

<sup>488</sup> Ibidem.

<sup>489</sup> Ibidem.

<sup>490</sup> Ibidem, p. 17.

ainda que cada um tenha uma própria concepção de bem no mundo. O filósofo busca, portanto, traçar as fronteiras da tolerância em uma sociedade democrática. Não seria legítimo que aquele cidadão ou associação de cidadãos que possuem o poder político pudessem usá-lo para perseguir doutrinas abrangentes que não são desarrazoadas, ou seja, realizar perseguições políticas, religiosas, filosóficas, culturais entre outras.

Outro ponto relevante é que Rawls entende que nem todos os pontos de vista serão compatíveis com o seu liberalismo político. Isso quer dizer que nem todas as visões de mundo, pontos de vista, doutrinas políticas, religiosas, filosóficas, culturais deverão ser prestigiadas pelo Estado (doutrinas abrangentes desarrazoadas). Nem todas essas doutrinas permitiriam a formação de um consenso sobreposto, com a conseqüente estabilidade social. Nem todas merecem, nem todas são possíveis. A razoabilidade engloba (i) a ideia de que as pessoas se disponham a propor termos equitativos de cooperação e a cumpri-los (“o que devemos uns aos outros?”); (ii) a disposição de reconhecer os limites da capacidade de juízo e de aceitar suas conseqüências para o uso da razão pública, para guiar o legítimo exercício do poder político em uma democracia constitucional. Portanto, Rawls concebe em seu liberalismo político a compatibilização de doutrinas abrangentes razoáveis, com a acomodação de interesses e visões de mundo a partir de um pluralismo razoável.

Tal como no mundo ideal, na realidade empírica, perdas são inevitáveis. Existem limites físicos, sociais e/ou materiais que podem impedir a convivência de todos os interesses. Um exemplo deixará isso mais claro: em sua visão de mundo, um neonazista busca excluir os negros da sua sociedade, enquanto negros, na sua busca por igualdade, buscarão sua inclusão. Obviamente, há um empasse nessa questão: alguma dessas visões de mundo serão excluídas da concepção política de justiça, por não serem doutrinas razoáveis.

No caso da adaptação razoável, tal questão se coloca da seguinte forma: testemunhas de Jeová recorrentemente recusam a transfusão de sangue e hemoderivados porque professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas<sup>491</sup>. Tal adaptação requerida pelas testemunhas de Jeová (não ser compelida a receber uma transfusão de sangue contra a própria vontade) é razoável, porque essa doutrina religiosa é compatível com o conceito político de justiça. Explica-se: a recusa em receber a transfusão é decorrência de um

---

<sup>491</sup> Cf. Gênesis, 9:3-4; Levítico, 17:14; e Atos 15:28-29. Tais informações estão disponíveis no site oficial das testemunhas de Jeová: <<https://wol.jw.org/bzs/wol/d/r402/lp-lsb/1102017530?q=sangue&p=par>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

exercício da liberdade religiosa. Portanto, está amparado pela necessidade do Estado de garantir iguais liberdades a todos os seus cidadãos. Além disso, tal acomodação implica em ônus, basicamente, para a pessoa que a requer.

O respeito à liberdade religiosa configura um termo equitativo de cooperação, existindo a possibilidade de todos cumpri-lo. É possível, em uma sociedade democrático-constitucional, que todos razoavelmente aceitem que a colocação da própria vida em risco, em nome do exercício de uma crença religiosa, visto que não haveria maiores problemas para o resto da sociedade ou para outros cidadãos que indivíduos maiores e capazes de exercer escolhas morais pudessem realizar tal escolha pessoal. Nenhum cidadão ou associação de cidadãos deve ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir questões sobre elementos constitucionais essenciais ou sobre justiça básica, segundo as determinações da doutrina abrangente desse cidadão ou dessa associação.

Situação distinta ocorreria se a recusa do caso retratado acima fosse realizada pelos pais em nome dos filhos menores. Ou, ainda, se um imigrante solicitasse ao Estado brasileiro adaptação para que praticasse clitorectomia suas filhas<sup>492</sup>. Tais termos não podem ser razoavelmente aceitos equitativamente por todos, na medida em que tais adaptações não são razoáveis. Não existe uma escolha realizada por um cidadão livre e igual, mas uma imposição sobre indivíduos vulneráveis contra a sua vontade ou em casos em que não se pode verificar qual seria o seu desejo.

Como trabalhado no Capítulo II, as culturas não são estáticas e os melhores resultados para a difusão e incorporação de direitos humanos em outras doutrinas (culturas, religiões, filosofias) ocorrem com o desenvolvimento de ideias que desempenham um papel equivalente – os chamados “equivalentes homeomórficos”<sup>493</sup> – e com os diálogos interculturais, por meio do modelo da hermenêutica diatópica<sup>494</sup>. Como se observa, os equivalentes homeomórficos e os diálogos interculturais se aproximam dos três traços centrais das doutrinas razoáveis

---

<sup>492</sup> Nesse sentido, Susan Okin critica a utilização do multiculturalismo como forma de opressão das mulheres. A autora trabalha justamente o caso da clitorectomia como uma das demandas culturais que acabam por oprimir minorias dentro das próprias minorias. Cf. OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 4, p. 355-374, jul./dez. 2010.

<sup>493</sup> Cf. PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? Tradução de: Roberto Cataldo de Costa. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209-210.

<sup>494</sup> *Ibidem*, p. 207-208. Ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 443-451. Para uma proposta para lidar com as restrições internas com base no diálogo intercultural, cf. SHACHAR, Ayelet. **Multicultural jurisdictions...** Op. cit.; ver também: SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 290.

abrangentes – especialmente do primeiro e do terceiro – fornecendo valiosa ajuda na identificação do “razoável” e, por conseguinte, do que deve ser objeto de acomodação.

Portanto, o conceito de razoabilidade aqui exposto limita a acomodação no sentido de que nem todos os interesses e visões de mundos (doutrinas abrangentes) deverão ser acomodadas, por não serem razoáveis. Mesmo no liberalismo político, em que não se deve *a priori* utilizar o Estado para impor sobre as pessoas uma determinada concepção de bem, as doutrinas desarrazoadas deverão ficar fora. Afinal, em uma democracia constitucional, a prioridade do justo significa que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas e parcialmente abrangentes; significa também que os princípios de justiça estabelecem limites às formas de vida<sup>495</sup>. Assim é que o sistema de iguais liberdades e o valor pessoal e intrínseco da igualdade, delineados no Capítulo I, servirão também como norte interpretativo para avaliar se determinada doutrina abrangente é razoável e, em caso positivo, legitimar a acomodação da demanda de determinado indivíduo ou grupo.

### **3.4 Parâmetros para a ponderação do direito à adaptação razoável: entre o ônus indevido e a proporcionalidade**

Tratarei nesta seção dos parâmetros para a ponderação de interesses e para a aplicação do princípio da proporcionalidade. No meio disso, tentarei dar substância ao conceito de ônus indevido. Tal conceito será tratado neste ponto, em decorrência de seu relevante papel na aplicação do princípio da proporcionalidade. Começarei analisando dois modelos: alguns julgados da jurisprudência americana e outros do Canadá. A escolha se deve ao fato de, nas palavras de Leticia Martel, o primeiro corresponder ao “como não se deve ler a Convenção”<sup>496</sup> e de o segundo ser “um belo mosaico”<sup>497</sup>. A ideia, também implícita no modelo utilizado pela autora, é que, para saber o conceito de algo, deve-se saber o que ele não é.

A noção de acomodação razoável surgiu textualmente no direito americano quando da aprovação do EEOA de 1972<sup>498</sup>, com o objetivo de combater a discriminação no mercado de trabalho, mais especificamente com o propósito de acomodar as práticas religiosas dos

---

<sup>495</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 247.

<sup>496</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 93.

<sup>497</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>498</sup> Como mencionado acima, a Suprema Corte americana já havia utilizado a adaptação razoável também no campo da liberdade religiosa em 1963, no célebre caso *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

empregados sem um ônus indevido<sup>499</sup>. Contudo, foi com o ADA que as discussões mais intensas ganharam espaço, tanto na doutrina quanto na jurisprudência<sup>500</sup>. E, contrariando as expectativas, já que a jurisprudência vinha caminhando bem na interpretação da adaptação razoável no âmbito da liberdade religiosa, a Corte adotou uma postura restritiva, especialmente em relação à<sup>501</sup> (i) verificação dos custos e ônus para os empregadores, realizada mediante o *de minimis test* (ou seja, qualquer custo além do mínimo configuraria ônus indevido); (ii) leitura formal do princípio da igualdade; (iii) interpretação restritiva sobre o dever de acomodação pelos sujeitos passivos; e (iv) distorção da interpretação dos textos normativos, tanto acerca de sua redação, quanto da sua história legislativa.

A entrada em vigor do ADA, contrariando as expectativas, não renovou a jurisprudência sobre o assunto, mantendo a interpretação restritiva. Em *Vande Zande v. State of Wisconsin Department of Administration*<sup>502</sup>, Vande Zande era uma cadeirante que apresentava escaras ocasionadas por sua deficiência e que exigiam seu afastamento do trabalho em alguns períodos. Ela requereu ao Estado de *Wisconsin*, seu empregador, que rebaixasse a pia da cozinha para que pudesse utilizar os serviços de cozinha como seus colegas e que lhe fossem restituídas 16,5 horas de licença-saúde utilizadas em razão da recusa do empregador em permitir a realização do trabalho integral em casa durante oito semanas.

A Corte decidiu que o vocábulo “razoável” deveria ser interpretado como um adjetivo que enfraquece “adaptação”, indicando um empreendimento ordinário, sem significar a realização do máximo possível ou desejável.

O “ônus indevido” seria, segundo Posner, a união de dois elementos: (i) os benefícios para a pessoa com deficiência e (ii) os recursos do empregador. O exame dos custos ocorreria em um segundo momento, quando aquele que pleiteou a adaptação deveria comprovar que ela é eficaz e proporcional aos custos. Por outro lado, aquele que é obrigado a adaptar deveria demonstrar os custos excessivos em relação aos benefícios e a impossibilidade de realizá-lo

---

<sup>499</sup> No caso *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972), a Suprema Corte autorizou que as famílias pertencentes a comunidade religiosa *Amish* se recusassem a enviar seus filhos para escola, contrariando a lei do Estado de *Wisconsin* que instituía a educação compulsória para menores de 16 anos. Já no caso *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), a Corte decidiu que não poderia ser negado o seguro-desemprego à empregada sabatista, que recusou ofertas de emprego que exigiam trabalhos aos sábados, dia de descanso em seu culto religioso, já que o não reconhecimento dessa excepcionalidade violaria a liberdade religiosa.

<sup>500</sup> Ver MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 92.

<sup>501</sup> As posturas a seguir enumeradas foram identificadas por MARTEL, Letícia de Campos Velho. Op. cit., p. 94. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Trans World Airlines, Inc. v. Hardson*, 432 US 63 (1977); ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 US 60 (1986).

<sup>502</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Vande Zande v. State of Wisconsin Department of Administration*, 851 F. Supp. 353 (1994).



diante da sua condição financeira para que pudesse se eximir do pagamento. Assim, concluiu que não havia necessidade de rebaixamento da pia, uma vez que Vande já contava com a pia do banheiro e, por conseguinte, adaptação razoável. Quanto à possibilidade de trabalhar de casa, Posner, partindo de diversas pré-compreensões, como a dificuldade de supervisionar o empregado, os prejuízos para o trabalho em equipe, o impacto nos colegas, a diminuição da qualidade do trabalho e a segregação das pessoas com deficiência, recursou as adaptações.

A decisão é ruim em diversos aspectos<sup>503</sup>: (i) leva a crer que mesmo quantias modestas podem ser negadas se a acomodação não for razoável<sup>504</sup>; (ii) a ausência de uma efetiva análise de custos e benefícios<sup>505</sup>; (iii) a interpretação limitada dos benefícios, especialmente em relação aos danos morais e à estigmatização<sup>506</sup>; (iv) a leitura limitadora dos princípios extraídos do sistema normativo do ADA<sup>507</sup>.

Se a jurisprudência dos Estados Unidos ensina o que não deve ser a adaptação razoável e como não se deve aplicá-la, a do Canadá desenvolveu – como já visto em diversos pontos do presente trabalho – o conceito de forma bastante positiva e humanista, na linha dos valores consagrados pela CDPD. Ao contrário da Suprema Corte americana, a Corte canadense deixou claro que o vocábulo “razoável” estaria ligado à acomodação e que a acomodação só deixará de ser razoável se implicasse em um ônus indevido àquele que deve acomodar<sup>508</sup>.

A Corte estabeleceu, ainda, seis fatores de aferição do ônus indevido no ambiente de trabalho, sendo que se deve analisar o peso de cada um deles no caso concreto: (i) custos financeiros; (ii) impacto em acordos coletivos conquistados pelos trabalhadores; (iii) questões sobre a disposição e o ânimo do empregado para o trabalho; (iv) permutabilidade de estrutura material do trabalho e da organização dos trabalhadores; (v) porte do empregador; (vi) segurança<sup>509</sup>.

A Corte também não restringiu o catálogo de pessoas que teriam o dever de acomodar. Ao contrário da Suprema Corte americana, refratária à inclusão de outros sujeitos além daqueles

---

<sup>503</sup> Essas críticas são também apontadas por MARTEL, Leticia de Campos Velho. Op. cit., p. 96.

<sup>504</sup> SUNSTEIN, Cass R. Cost-benefit analysis without analyzing costs of benefits... Op. cit., p. 8.

<sup>505</sup> Ibidem.

<sup>506</sup> Ibidem; EMENS, Elizabeth F. Integrating accommodation. Op. cit.; MINOW, Martha. Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, Integrating Accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 1-10, 2008.

<sup>507</sup> SUNSTEIN, Cass R. Caste and disability: the moral foundations of the ADA. In response to Elizabeth F. Emens, Integrating accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 21-27, 2008.

<sup>508</sup> MALHOTRA, Ravi. The legal genealogy of the duty to accommodate American and Canadian workers with disabilities: a comparative perspective. **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 23, p. 1-32, 2007.

<sup>509</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Alberta Dairy Pool v Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

expressamente previstos nos comandos normativos, especialmente no caso de particulares, em decorrência da não aceitação, em regra, da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, no Canadá, aqueles agentes que não realizassem a adaptação – tais como condomínios residenciais e sindicatos – eram considerados partícipes da discriminação, ainda que não intencional ou decorrente dos efeitos adversos<sup>510</sup>.

Com a ampliação do catálogo de sujeitos passivos do dever de acomodar, a Corte valorizou e robusteceu o procedimento para a chegada à adaptação razoável, ou seja, parte de uma lógica de diálogo multilateral, participativo e inclusivo entre as pessoas com deficiência e os sujeitos passivos do dever de acomodar<sup>511</sup>, promovendo uma sociedade mais inclusiva, solidária, plural, igual e, mais do que tolerante, uma sociedade em que as pessoas tenham empatia pela outra<sup>512</sup>.

A Corte canadense, no processo de moldagem da adaptação razoável, recusou, ainda, os parâmetros de ônus indevido utilizados pela Corte dos Estados Unidos, porque o *de minimis test* conflitaria com a definição de ônus indevido desenvolvido por ela e pelo fato de que não seria qualquer ônus apto a impedir a adaptação, mas somente um ônus qualificado.

Recentemente, após uma aproximação entre a adaptação razoável e o princípio da proporcionalidade, especialmente com a utilização do meio menos lesivo (*minimal impairment*) para analisar a possibilidade de adaptação, desde que não computado o ônus indevido<sup>513</sup>, a Suprema Corte do Canadá decidiu<sup>514</sup> que a adaptação razoável deveria ser utilizada na análise da aplicação de leis ou atos e práticas administrativas, abrangendo tanto entes privados quanto públicos. Já a proporcionalidade serviria para o cotejo sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos em contextos menos individualizados, ligados à ideia de atos mais abstratos e gerais. Houve, assim, uma distinção entre adaptação razoável e o emprego do meio menos lesivo (*minimal impairment*), retirando do legislador o dever de acomodar.

---

<sup>510</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970.

<sup>511</sup> *Ibidem*; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 99.

<sup>512</sup> Obviamente, não é possível judicializar a empatia, exigindo prestações e medidas concretas do Estado para a sua implementação direta. Mas é possível que, ao tornar a sociedade mais inclusiva, o direito possa tirar grupos minoritários da invisibilidade e mostrar as dificuldades e os problemas do dia a dia que eles enfrentam, fomentando, ainda que indiretamente, a empatia entre as pessoas. Sobre a necessidade de empatia como uma melhor forma de promoção e efetivação de direitos humanos cf. RORTY, Richard. *Human Rights, Rationality and Sentimentality*. In: HAYDEN, Patrick (Org.). **The philosophy of human rights**. Minnesota: Paragon House, 2001, p. 241-257.

<sup>513</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256.

<sup>514</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

Como já mencionado neste trabalho, cumpre esclarecer, por fim, que a Corte, em 1999, no caso *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*<sup>515</sup>, reviu a distinção entre discriminação direta e por impacto desproporcional, que, antes, eram separadas, exigindo a aplicação de padrões e remédios diferentes para cada situação. Assim, a Corte criou um novo padrão de exame da discriminação e da adaptação razoável para simplificar as linhas interpretativas da legislação canadense e para depurar a abrangência da adaptação razoável<sup>516</sup>.

Como se extrai da análise acima, a adaptação razoável – e a observância do ônus indevido que compõe sua própria definição – passam a ter um papel material e interpretativo muito importante no ordenamento jurídico brasileiro. Além de integrar a Constituição como direito fundamental, com base na cláusula aberta do artigo 5º, § 2º, criando direitos e deveres nas relações públicas e privadas, atua como norte interpretativo para a elaboração normativa – seja de ordem legal, seja infralegal – e para criação de políticas públicas.

Assim, o Poder Legislativo assume um novo papel na realização da Constituição, devendo pensar políticas universais com atenção às particularidades sociais e ambientais das pessoas com deficiência, evitando discriminações diretas e indiretas e promovendo a inclusão social desse grupo minoritário. Os tribunais assumem também um novo papel hermenêutico, não só no sentido de interpretar a legislação ordinária – e infralegal como um todo – à luz da adaptação razoável, buscando combater discriminações diretas e indiretas, mas também assumindo o dever de agir para garantir direitos, exigindo dos poderes eleitos políticas públicas e medidas para superação dos impedimentos ambientais, sociais e materiais das pessoas com deficiência.

O “ônus indevido”, em regra, é um parâmetro de aplicação do princípio da proporcionalidade, ligado ao subprincípio da necessidade. Cabe àquele que tem o dever de adaptação comprová-lo. Note-se que, como indicado pela Corte canadense, não basta existir o ônus, porque essa é uma consequência de toda medida que propõe uma alteração na realidade empírica. Ele deve ser *indevido*, o que descarta o *de minimis test* utilizado pela Corte americana<sup>517</sup>. Um parâmetro para determinar a existência desse ônus indevido seria a existência, como já mencionado acima, de violação da razoabilidade como congruência, o que ocorre, por

---

<sup>515</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

<sup>516</sup> Confirmam-se os itens 2.1 deste capítulo e o 3.3.2 do Capítulo I. Ver também MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 102.

<sup>517</sup> Cf. *Ibidem*, p. 107.

exemplo, no caso apontado acima do policial que pede acomodação em seu trabalho de patrulhamento ostensivo e porte de arma de fogo, por professar religião pacifista. Dessa forma, quando o objetivo da medida for inviabilizado ou quando a adaptação bloqueia o fim pretendido pela norma, há ônus indevido<sup>518</sup>.

Outro parâmetro é a análise de custo benefício da medida, ou, mais especificamente, para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito. Essa relação não se esgota no aspecto econômico-financeiro, que, dentre outros aspectos, deve ser levado em conta, principalmente diante da necessidade de verificação da condição econômica daquele que deve acomodar<sup>519</sup>. Entretanto, mais do que esses custos, devem ser considerados também nesse balanceamento os benefícios diretos e indiretos para o sujeito com dever para adaptar e para a sociedade, tais como combate à discriminação, inclusão, social, respeito, igualdade, liberdade, dignidade e reconhecimento<sup>520</sup>.

Além disso, aplicam-se à ponderação também os demais elementos que dão significado à razoabilidade, como descrito no item 3 acima, tais como: razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade; a relação entre a razoabilidade como funcionalidade e como congruência com os subprincípios da adequação e da necessidade; a existência de diálogo entre as partes; e a consideração do benefício social da adaptação, como a implementação de valores constitucionais, como a inclusão e o combate à discriminação, em relação ao custo-benefício econômico. O benefício social, portanto, goza de uma prevalência *prima facie*, com um peso relativo superior aos gastos gerados com a medida. Também deve ser analisado, quando da ponderação, a capacidade financeira, econômica e social do sujeito que tem o dever de adaptar, bem como se o interesse adaptável pode ser considerado uma doutrina abrangente razoável tolerável em nosso regime democrático-constitucional.

Na análise da razoabilidade, deve-se verificar também se a medida objetivada com a acomodação supera ou reduz, de forma significativa e eficaz uma situação discriminatória, buscando alcançar os ideais da igualdade substantiva e de reconhecimento delineados neste trabalho.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade baliza a aplicação da adaptação, como em geral, ocorrem com os direitos fundamentais. O ônus indevido atua como subprincípio da necessidade, na verificação do meio menos oneroso, em regra, podendo atuar também como

---

<sup>518</sup> Ibidem.

<sup>519</sup> Ibidem.

<sup>520</sup> Ibidem.

parâmetro para o balanceamento na proporcionalidade em sentido estrito, mediante a análise dos custos e dos benefícios da medida. Note-se que não só o ônus econômico deve ser considerado, mas também os benefícios sociais da medida, como inclusão e combate à discriminação e a implementação de valores constitucionais. Devem ser utilizados também os parâmetros de: (i) razoabilidade como congruência, isto é, quando a medida for incongruente com a questão de fato; a diferença não pode ofender a isonomia, nem contrariar a finalidade da norma, como quando houver risco de lesão desproporcional a outro bem jurídico igual ou mais importante no caso concreto, como saúde, segurança etc.; (ii) razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade, quando a medida é eficaz e não arbitrária para atingir a igualdade substantiva, tal como concebida neste trabalho; (iii) a relação desses sentidos de razoabilidade e sua ligação aos subprincípios da adequação (medida apta a atingir os fins a que se destinam) e da necessidade (meio menos gravoso para atingir o fim); (iv) a existência de diálogo e a boa vontade dos sujeitos envolvidos na busca pelas melhores soluções na adaptação; e (v) a capacidade financeira, econômica e social do sujeito que tem o dever de adaptar; (vi) se o interesse adaptável pode ser considerado uma doutrina abrangente razoável tolerável em nosso regime democrático-constitucional.

Um último ponto relevante como *standard* de ponderação diz respeito à posição preferencial *prima facie* da adaptação razoável: uma vez reconhecida a necessidade de sua utilização, ela goza de um *status* preferencial em relação a outros direitos e objetivos constitucionais, em decorrência dos valores que a fundamentam e que ela busca alcançar, como já visto exaustivamente nos itens anteriores.

De fato, não existe qualquer hierarquia de ordem rígida de preferência entre as normas constitucionais. Não há como inferir do texto ou da estrutura da Constituição uma prioridade absoluta de um direito fundamental sobre outro, como uma prevalência absoluta do devido processo legal sobre a celeridade processual e vice-versa. A inexistência de qualquer parâmetro objetivo para a aferição de posição de hierarquia das normas constitucionais deixaria ao arbítrio do intérprete dizer quais seriam as normas superiores e inferiores. Além disso, as normas localizadas em patamares inferiores seriam consideravelmente fragilizadas, perdendo parte de sua força normativa e de seu âmbito de aplicação. Afinal, os bens jurídicos em disputa devem ser otimizados na medida do possível em cada situação de conflito, de modo a valorizar ao máximo a importância de cada direito constitucionalmente previsto<sup>521</sup>.

---

<sup>521</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 505.

Isso não significa, entretanto, reconhecer que não há espaço na Constituição para o estabelecimento de prioridades *prima facie*. Há, na Constituição de 1988, normas que foram colocadas em um patamar materialmente superior. Os direitos fundamentais, por exemplo, por serem o epicentro axiológico da Constituição, estão em um patamar superior em relação às normas da administração pública, à norma que prevê que o Colégio Pedro II será localizado no Rio de Janeiro e, até mesmo, em relação às normas de Organização do Estado. O fato de a própria Constituição prever um rol generoso de direitos fundamentais logo no início de seu texto, no artigo 5º, em sentido oposto à Constituição anterior do regime militar, bem como o fato de figurarem no texto constitucional como princípios constitucionais sensíveis, legitimando a intervenção federal nos estados que os violarem (artigo 34, inciso VII, *b*, CF) e de figurarem como cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, inciso VI, CF) já revelam a maior importância e o maior “peso abstrato” conferidos a eles<sup>522</sup>.

Nesse sentido, é perfeitamente possível que se atribua um sistema de preferências *prima facie*, por meio de uma hierarquia móvel, a alguns direitos fundamentais, o que não implica dizer que tais princípios não seriam passíveis de ponderação. O próprio Alexy, ao desenvolver sua famosa Teoria dos Direitos Fundamentais, afirmou que é possível que haja uma preferência *prima facie*, seja em favor de determinado princípio ou valor, seja decorrente de uma rede de preferências estabelecida por meio de decisões concretas, estando ambas relacionadas, ainda assim, à ideia de sopesamento. Essa preferência *prima facie* seria obtida quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor de uma liberdade individual, da igualdade ou de interesses coletivos<sup>523</sup>, valores que fundamentam e são promovidos pela adaptação razoável.

Diante disso, pode-se verificar que, embora não haja hierarquia formal entre os princípios da Constituição de 1988, nada obsta que haja hierarquia material, tendo em vista a diferença de peso abstrato, de importância, que os caracteriza, como é o caso da adaptação razoável. Além disso, esse peso é apenas abstrato, podendo um princípio de hierarquia material

---

<sup>522</sup> Ibidem, p. 506.

<sup>523</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., p. 162-163: “Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação “rígida” não implica a impossibilidade de uma ordenação “flexível” e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento [...]”.

superior ceder frente a um de hierarquia inferior, considerando as circunstâncias particulares do caso<sup>524</sup>.

Ainda sobre a ordenação “flexível” de preferências, deve-se ressaltar os “*standards* de ponderação”, que são parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável na solução de colisões similares que venham a ocorrer<sup>525</sup>. Alexy trata de relações de “precedência condicionada” entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Ou seja, levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem prevalência sobre o outro<sup>526</sup>. Dessa forma, quando uma colisão é recorrente, cria-se um padrão de solução de colisões, o que gera, conseqüentemente, uma previsibilidade em relações aos casos futuros, conferindo maior segurança jurídica nas relações sociais e evitando que todos os argumentos sejam novamente enfrentados na ponderação. Isso não obriga juízes e tribunais a decidir de acordo com os *standards* estabelecidos, mas cria um enorme ônus argumentativo para decidir de forma diversa, afastando-os.

Diante disso, a concepção de uma hierarquia móvel<sup>527</sup> material é plenamente compatível com a aplicação do princípio da proporcionalidade e com a ponderação de interesses. A adaptação razoável, uma vez reconhecida a necessidade de sua incidência, goza de uma prevalência *prima facie*, em relação a outros direitos e metas constitucionais – ou mesmo infralegais – que venham colidir com ela.

Portanto essa prevalência *prima facie* ou hierarquia móvel atribuída à acomodação razoável são um reforço argumentativo pela sua prevalência no caso concreto, de modo que o interprete deverá desenvolver um árduo trabalho de argumentação para afastá-la, o que não

<sup>524</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 506.

<sup>525</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 507.

<sup>526</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Op. cit., p. 96.

<sup>527</sup> Humberto Ávila, citando Alexy e Guastini, aduz que: “A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.

O importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas: a norma-princípio “A” sobrepõe-se à “B” sob determinadas condições “X”, “Y” e “Z”.” ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main, 1995, p. 216-218 e GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Milano, Giappichelli, 1996, p. 145. *Apud*. ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 7, p. 7, out. 2001. Disponível na internet em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

implica dizer que ela não possa ceder eventualmente no caso concreto, mas sim que o peso argumentativo para afastá-la na solução do caso concreto é maior. A acomodação enseja uma maior tutela do Poder Judiciário, em virtude do valor subjacente a ela, tal como o caráter instrumental para democracia e o debate público, a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, o reconhecimento e o combate à discriminação. Assim, encaixa-se perfeitamente nas hipóteses de ordenações flexíveis de Alexy, fazendo jus a uma posição de destaque na ponderação e merecendo maior atenção do julgador.

### 3.5 Quem tem o ônus de adaptar?

#### 3.5.1 Adaptação como um dever do poder público?

Antes de terminar este capítulo, deve ser esclarecido quem possui o dever de adaptar. A adaptação razoável, como direito fundamental, possui uma dimensão subjetiva. Portanto, gera para o seu titular a possibilidade de impor judicialmente seus interesses tutelados – ou tuteláveis – juridicamente frente ao destinatário, ou seja, ao sujeito devedor da obrigação de adaptar<sup>528</sup>. Já trabalhei quais pessoas possuem o direito à adaptação (membros de grupos pertencentes a minorias vulneráveis, protegidos pela ordem jurídica contra a discriminação) e as obrigações que se caracterizam como acomodações (medidas, ajustes, isenções ou exceções para corrigir uma discriminação indireta). Resta agora analisar aqueles dos quais se pode exigir determinados comportamentos ou a imposição de obrigações: quem tem o dever de adaptar. Neste tópico, tratarei da obrigação do poder público de promover as medidas e os ajustes necessários. No item seguinte, tratarei do dever dos particulares, associando-o à questão da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Estado possui, evidentemente, o dever de adaptação, agindo tanto no espaço público quanto no privado. Nos Estados Unidos, por exemplo, inicialmente, um dos primeiros países a lidar com a questão das acomodações, a *Equal Employment Opportunity Commission*, agência

---

<sup>528</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit., p. 152: “De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito”. Segundo ele, o reconhecimento de um direito subjetivo estaria atrelado à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual, tal como ocorre quando existe certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.



federal responsável por implementar a proibição de discriminação nas relações de emprego, com base no Título VII do *Civil Rights Act* de 1964, entendia que um empregador que se recusasse a acomodar práticas religiosas dos seus empregados violava a legislação federal de antidiscriminação, se a adaptação pudesse ser feita sem um ônus excessivo (*undue hardship*)<sup>529</sup>. Tais diretrizes foram rejeitadas por múltiplas jurisdições federais, incluindo a Suprema Corte<sup>530</sup>. Entretanto, em 1972, seguindo uma emenda legislativa introduzida pelo Senador Jennings Randolph, um membro da comunidade religiosa dos adventistas de sétimo dia, que considera o sábado como o dia de guarda, o Congresso modificou o Título VII do *Civil Rights Act* de 1964 para adicionar um dever para os *empregadores públicos e privados* de acomodar razoavelmente as crenças, os ritos e as práticas religiosas, desde que não impliquem em ônus excessivo (*undue hardship*) para os negócios do empregador<sup>531</sup>. É interessante notar que, em geral, os conflitos que envolvem a adaptação razoável surgiram antes nas relações privadas, tendo chegado, posteriormente, para as relações entre os indivíduos e o Estado.

Além da legislação antidiscriminação, na teoria constitucional dos Estados Unidos, existe uma grande discussão sobre a existência de um dever à acomodação decorrente do direito à liberdade de religião estabelecido pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a chamada *Free Exercise Clause*. Nesse sentido, relembre-se o caso *Sherbert v. Verner*<sup>532</sup>, em que a denegação de seguro-desemprego a uma pessoa que, por questões religiosas, não aceitava trabalhos nos quais era obrigatória a atividade aos sábados, configuraria violação à liberdade religiosa dos adventistas de sétimo dia. Nesse caso, a Corte se baseou na *Free Exercise Clause* (Cláusula do Livre Exercício) da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, desenvolvendo o chamado *Sherbert Test*, que requer a demonstração do imperioso interesse estatal (*compelling governmental interest*) da medida e a demonstração de que fora

<sup>529</sup> Confira-se *Equal Employment Opportunity Commission*, Código de Regulações Federais, Título 29, Parte 1605 - Diretrizes sobre Discriminação por motivo Religioso, Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2016-title29-vol4/xml/CFR-2016-title29-vol4-part1605.xml>>. Acesso em: 03 dez. 2017. Ver também BRIBOSIA, Emmanuelle; RORIVE Isabelle. Reasonable accommodation beyond disability in Europe? Op. cit., p. 12.

<sup>530</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Dewey v. Reynolds Metals Co.*, 402 U.S. 689 (1971).

<sup>531</sup> Título VII do *Civil Rights Act*, Seção 701, alínea “j”: “O termo ‘religião’ inclui todos os aspectos de observância e práticas religiosas, assim como as crenças, a menos que o empregador demonstre que ele não pode razoavelmente acomodar uma observância ou prática religiosa do empregado sem ônus excessivo na condução do negócio do empregador” (Tradução livre do original: “(j) The term ‘religion’ includes all aspects of religious observance and practice, as well as belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business.”). Sobre as origens da emenda, cf. OLESKE JUNIOR, James M. Federalism, free exercise, and Title VII: reconsidering reasonable accommodation. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3, p. 525-572, 2004.

<sup>532</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

estritamente desenhada para atingir seu interesse ou objetivo (*narrowly tailored to achieve that goal or interest*), elementos que compõem o escrutínio estrito<sup>533</sup>.

O Estado é, historicamente, o grande responsável pela realização de direitos fundamentais. O direito à adaptação razoável, por ser um direito meio, como visto ao longo deste capítulo, integra-se com outros direitos e liberdades previstos na ordem jurídico-constitucional. A classificação tradicional da doutrina das posições jurídicas básicas normalmente se divide em direitos, liberdades e competências. Os direitos fundamentais normalmente se apresentam como “direitos a algo”, representados pelo esquema triádico, integrado pelo seu titular (sujeito ativo), pelo destinatário da obrigação (sujeito passivo) e o objeto<sup>534</sup>, como já apontado anteriormente. As liberdades jurídicas podem ser estruturadas também em três, cujos elementos são o titular da liberdade, o objeto e o impedimento da liberdade<sup>535</sup>. As liberdades negativas têm por objeto alternativas de ação do titular e por obstáculo ações constritivas praticadas por terceiros, especialmente pelo Estado<sup>536</sup>. A liberdade também pode também ser positiva, quando associada à necessidade de algum pressuposto material para o seu exercício, como visto no Capítulo I<sup>537</sup>. As liberdades, até por disposição constitucional, também podem ser associadas à categoria de direito. Pode-se extrair, portanto, da Constituição, um direito à liberdade<sup>538</sup>, um direito à liberdade religiosa, um direito à liberdade de expressão etc. Por fim, as competências traduzem a possibilidade outorgada ao titular de modificar uma situação jurídica por meio de uma ação<sup>539</sup>.

Como se extrai dessa análise, os direitos e as liberdades têm uma relação muito próxima e sinérgica. Isso se torna ainda mais evidente ao analisar a adaptação razoável que, ao mesmo tempo que se estrutura como direito (meio), também possui laços estreitos com a liberdade. Até por isso, no primeiro capítulo, estabeleci como um dos marcos teóricos a relação complementar

<sup>533</sup> O caso *Sherbert v. Verner* foi revisto em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), em que a Suprema Corte decidiu que dois jovens que trabalhavam em uma organização de reabilitação de usuários de drogas e foram demitidos por terem utilizado peiote, uma droga alucinógena proibida, em uma cerimônia religiosa, não teriam direito aos benefícios trabalhistas pela sua demissão, porque a Constituição não garantia esse tipo de isenção.

<sup>534</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais...** Op. cit., p. 84-85. Ver também SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit., p. 152.

<sup>535</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p.85.

<sup>536</sup> Ibidem.

<sup>537</sup> Nesse sentido, cf. SEN, Amartya. **Inequality reexamined.** Op. cit., p. 12-30; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Op. cit., p. 503-504; SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana...** Op. cit., p. 151-158;

<sup>538</sup> Sobre o direito geral de liberdade, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 168-174; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 159-162.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 86.

entre a liberdade e a igualdade para reger a adaptação razoável. No que interesse para o momento, a obrigação do Estado de acomodar incide, primeiramente, na sua relação direta com os titulares do direito à adaptação razoável. Ou seja, o Estado, em toda a sua estrutura, como nos prédios estatais, nos atendimentos e em todos os outros serviços públicos prestados tem o dever de acomodar<sup>540</sup>. Afinal, se, por um lado, em alguma medida, o Estado deve tolerar os intolerantes<sup>541</sup>, por outro, o Estado possui um ônus muito maior que os particulares com a igualdade, não podendo, com muito mais razão, discriminar seus cidadãos.

Ao prestar um serviço público, em sua relação direta com os indivíduos, o Estado deve adaptar, buscando combater a discriminação. No Canadá, por exemplo, o Estado possui a obrigação de acomodar, em decorrência da previsão de que os bens e serviços “oferecidos ao público”, contida nos artigos 12, 13 e 15 da Carta de Direitos e Liberdades da Pessoa do Québec (*Charte des droits et libertés de la personne du Québec*) e nos artigos 5, 6 da Lei Canadense sobre os direitos da pessoa (*Loi canadienne sur les droits de la personne*), engloba todos os serviços oferecido pelo governo, sendo, dessa forma, um serviço oferecido ao público<sup>542</sup>.

Portanto, o ônus da adaptação deverá ser suportado com muito mais intensidade pelo Poder Público em sua interação com os seus cidadãos que sofrem discriminação e que merecem ter suas necessidades acomodadas. Assim é que, como já mencionado acima, a Corte Constitucional da Colômbia determinou que fosse proporcionado o acesso direto das pessoas com nanismo às suas dependências internas, pelo fato de a altura do balcão de atendimento dificultar que indivíduos de baixa estatura se comunicassem com os funcionários da instituição, expondo-os à situação vexatória e reduzindo sua autonomia<sup>543</sup>. Ainda em relação às pessoas com deficiência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 230 de 22 jun.

<sup>540</sup> Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 107.

<sup>541</sup> Sobre essa questão, cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit. Aqui me refiro ao fato de que o Direito – e as instituições em geral – possui potencial limitado para alterar alguns dados da realidade. Por exemplo, o Estado não pode fazer com que um indivíduo que pense que negros são inferiores aos brancos mude de ideia e passe a achar todos iguais. Mas ele pode – e deve – limitar as manifestações e exposições racistas dessa pessoa, impedindo que ela discrimine negros, como impedir que ele use critérios racistas na seleção dos empregados da sua empresa. Da mesma forma, o Estado não tem o poder de fazer com que os pais amem os filhos, mas pode exigir que lhe seja prestada assistência financeira e material até a maioridade, como ocorre com o pagamento de pensão alimentícia. O que pretendo ao afirmar que, em alguma medida, os intolerantes devem ser tolerados é que é um dado do pluralismo que determinadas pessoas serão preconceituosas, e nem sempre o Estado poderá equacionar completamente essa realidade, já que é impossível controlar olhares, sentimentos, pensamentos e desejos.

<sup>542</sup> Cf. CANADÁ. Corte de Apelação de Saskatchewan. *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)*, 1988 CanLII 212 (SK CA), 52 DLR (4th) 253; [1988] 5 WWR 446; 72 Sask R 115; 9 CHRR 5181, <<http://canlii.ca/t/1pfnm>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

<sup>543</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia T-1258/2008*. Relator Mauricio González Cuervo. Julg. 15 dez. 2008.

2016, que orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela CDPD e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência). De maneira geral, a resolução previu que, a fim de promover a igualdade, os tribunais deveriam realizar todas as medidas e adaptações (razoáveis<sup>544</sup>) para eliminar e prevenir quaisquer barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais ou tecnológicas, de forma a coibir qualquer forma de discriminação por motivo de deficiência.

Dentre as medidas para inclusão, pode-se citar a construção de rampas, a adequação de sanitários, a instalação de elevadores, a reserva de vagas em estacionamento, a instalação de piso tátil direcional e de alerta, sinalização sonora para pessoas com deficiência visual, bem como sinalizações visuais acessíveis a pessoas com deficiência auditiva, pessoas com baixa visão e pessoas com deficiência intelectual, adaptação de mobiliário (incluindo púlpitos), portas e corredores em todas as dependências e em toda a extensão (Tribunais, Fóruns, Juizados Especiais etc.); permissão de entrada e permanência de cães-guias em todas as dependências dos edifícios e sua extensão; habilitação de servidores em cursos oficiais de Linguagem Brasileira de Sinais, custeados pela Administração, formados por professores oriundos de instituições oficialmente reconhecidas no ensino de Linguagem Brasileira de Sinais para ministrar os cursos internos, a fim de assegurar que as secretarias e cartórios das Varas e Tribunais disponibilizem pessoal capacitado a atender surdos, prestando-lhes informações em Linguagem Brasileira de Sinais; prioridade na tramitação dos feitos; disponibilização de equipamentos de autoatendimento para consulta processual acessíveis, com sistema de voz ou de leitura de tela para pessoas com deficiência visual e com altura compatível para usuários de cadeira de rodas.

Caso interessante ocorrido no Brasil e relacionado à liberdade religiosa foi julgado pelo Tribunal Regional da 1ª Região (TRF-1)<sup>545</sup>. O Sr. Geismario Silva dos Santos inscreveu-se em concurso público para provimento de vaga no TRF-1. Ele foi aprovado em primeiro lugar na prova objetiva para o cargo de técnico judiciário, especialidade segurança e transporte, classificado para Rio Branco, no Estado do Acre. A prova prática de capacidade física ocorreria no dia 29 de setembro de 2007 (sábado), razão pela qual, desde a divulgação do Edital de

---

<sup>544</sup> A expressão adaptação razoável foi expressamente adotada pela resolução, bem como a sua definição prevista na CDPD.

<sup>545</sup> Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Mandado de Segurança nº 0043694-10.2007.4.01.0000 (2007.01.00.042619-8)/DF. Corte Especial. Relatora Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Julg. 03 set. 2009. **DJ** 23 out. 2009.

Convocação para as provas práticas, o candidato tentava junto à organizadora do concurso - Fundação Carlos Chagas - obter autorização para realizar a prova prática no domingo (30 set. 2007), sem obter, contudo, sucesso em seu pleito. A banca informou, por e-mail, que não haveria aplicação fora do dia e local determinados em edital, o que levou o candidato a impetrar mandado de segurança, sob o argumento de que tal decisão violaria o seu direito de liberdade de consciência e crença religiosa, assegurados pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos VI e VIII). Segundo ele, o caso tem causado um grande transtorno, uma vez que professa o Cristianismo sendo membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, instituição religiosa que determina guardar o sábado para atividades ligadas à Bíblia.

A Corte Especial do TRF 1 decidiu, por maioria, conceder a segurança para o Sr. Geismario, garantindo o seu direito à liberdade religiosa ao deferir o pedido do impetrante para realizar a prova prática ao sábado. Dessa forma, por não haver alteração no cronograma do concurso, nem prejuízo de espécie alguma à atividade administrativa, o deferimento do pedido atenderia à finalidade pública de recrutar os candidatos mais bem preparados para o cargo.

Portanto, o Estado, em sua relação com os cidadãos, tem evidentemente o dever de adaptar. Nesse caso, o ônus a ser suportado pelo Estado será maior pelo fato de que deve buscar tratar todos como iguais e combater práticas discriminatórias, como decorrência das normas e valores constitucionais, especialmente aqueles ligados à justiça das instituições<sup>546</sup>. Assim, ele deve se abster de discriminar e, ao mesmo tempo, implantar medidas e ajustes para combater práticas discriminatórias.

A título exemplificativo, no RE 440.028<sup>547</sup>, o STF entendeu que a Constituição de 1988, a CDPD, a Lei Federal nº 7.853/1989 e as Leis Estaduais 5.500/1986 e 9.086/1995 de São Paulo asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem. O tribunal sustentou que a alegação do Estado quanto à reserva do possível e quanto à violação à separação de poderes não seriam suficientes para escusá-lo do dever de adaptar. Desse modo, entendeu perfeitamente cabível que o Poder Judiciário determinasse a realização de obras de acessibilidade para adaptação do espaço público.

---

<sup>546</sup> Nesse sentido, ver RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Op. cit.; RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit.; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição como reserva de justiça**. Op. cit.

<sup>547</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 440.028. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julg. 29 out. 2013. **DJe** 26 nov. 2013.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>548</sup> decidiu que a CDPD e as Leis n.ºs. 4.169/1962, 10.048/2000 e 10.098/2000 impunham ao Banco do Brasil S.A. as seguintes obrigações: (i) confeccionar, em Braille, os contratos de adesão e todos os demais documentos fundamentais para a relação de consumo; (ii) enviar os extratos mensais consolidados impressos em linguagem Braille, para os clientes com deficiência visual; (iii) desenvolver cartilha para seus empregados com normas de conduta para atendimentos ao deficiente visual. Tais medidas seriam adaptações razoáveis para as pessoas com deficiência visual aptas a promover a igualdade, a dignidade, o acesso à informação e a autonomia dessas pessoas, de modo a eliminar discriminações e humilhações, como a imposta pelo art. 12 da Resolução 2878/2001 do Banco Central do Brasil, que exigia, sem prejuízo de outras providências a critério das instituições financeiras, que as contratações feitas com pessoas com deficiência visual fossem precedidas de leitura, em voz alta, por terceiro, das cláusulas contratuais, na presença de testemunhas.

De forma acertada, o tribunal entendeu que a medida imposta pela resolução contrariava a dignidade da pessoa humana e as disposições legais e convencionais, visto que além de discriminatórias, impossibilitavam o exercício adequado da autonomia e cerceavam desproporcionalmente o direito à privacidade, na medida em que um terceiro teria acesso às informações bancárias para realizar a leitura dos ajustes. Assim, era necessário que medidas diferenciadoras fossem capazes de promover a igualdade dessas pessoas. Apesar de não mencionar expressamente, o tribunal acabou por promover o reconhecimento das pessoas com deficiência visual<sup>549</sup>. Além disso, o tribunal entendeu que a adaptação seria razoável, porque imprimir a documentação em Braille só custaria, segundo as informações apresentadas nos autos, R\$ 1,00 a mais que os ajustes apresentados para pessoas sem deficiência visual.

Deve-se notar que o direito à adaptação razoável não só reforça os laços estreitos que existem entre direitos e liberdades, mas também elimina o tabu de que os direitos de liberdade

---

<sup>548</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.315.822/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julg. 24 mar. 2015. **DJe** 16 abr. 2015.

<sup>549</sup> É interessante ressaltar também que a ação civil pública fora ajuizada Associação Fluminense de Amparo aos Cegos (AFAC), o que mostra uma luta pelo reconhecimento do próprio grupo por meio do Poder Judiciário. Merece destaque também que, apesar de reconhecer a atitude discriminatória do banco, o tribunal reduziu o dano moral coletivo de R\$ 50.000,00 para R\$ 500.000,00. Em relação ao raciocínio adotado pelo STJ, merece menção o conceito de reconhecimento do filósofo Jacques Rancière. O autor francês entende que a luta pelo reconhecimento seria, não uma busca pelo reconhecimento das diferenças, mas uma luta pela igualdade, a partir das diferenças. Assim, grupos excluídos da ordem política (“*police order*”) buscariam sua “desidentificação” para, em momentos de ruptura dessa ordem, buscar pela política (“*political*”) a promoção da igualdade desses grupos diferenciados pela ordem política vigente. Cf. RANCIÈRE, Jacques. Critical Questions on the Theory of Recognition. In: DERANTY, Jean-Philippe; GENEL, Katia; HONNETH, Axel; RANCIÈRE, Jacques (Eds.). **Recognition or Disagreement: A Critical Encounter on the Politics of Freedom, Equality, and Identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 83-95.

de primeira dimensão seriam meras abstenções do Estado, enquanto os direitos sociais de segunda dimensão seriam direitos prestacionais. Quando a adaptação deve ser realizada diretamente pelo Poder Público, o Estado atua diretamente na prestação de um direito. Os direitos de liberdades, assim como os direitos sociais, envolvem, igualmente, a utilização de recursos para a sua implementação, ainda que possuam diferentes formas de concretização<sup>550</sup>. Há casos em que, até mesmo, as liberdades consumirão mais recursos do que os direitos sociais. A título exemplificativo, o Estado do Rio de Janeiro destinou, em 2015, R\$ 10.204.387.971,00 em receita para a segurança pública, enquanto, no mesmo ano, destinou R\$ 6.281.976.602 para a saúde<sup>551</sup>.

Os argumentos contra os direitos sociais, especialmente veiculados em tempos de crise, no sentido de que sua efetivação demandaria recursos, ao contrário do que ocorreria no caso dos direitos negativos – especialmente de liberdade – são falsos ou mascaram uma posição político-ideológica contra a sua efetivação. O fato de a dinâmica de efetivação desses direitos ser distinta daquela dos direitos negativos – em decorrência, por exemplo, da progressividade e da forma de sua prestação – não implica que os direitos sociais demandem mais recursos para a sua implementação<sup>552</sup>. Assim, mesmo os direitos de liberdades – tais como a liberdade de ir e vir -, tradicionalmente conhecidos como negativos, demandam recursos para a sua implementação que, em alguns casos, até superam aqueles destinados para a implementação de direitos positivos sociais. No caso das liberdades cultural e religiosa, pode-se imaginar que o exercício da cultura em uma aldeia indígena, com a aplicação interna das normas e costumes próprios, demanda a demarcação de terras indígenas, a proteção contra ameaças externas e a fiscalização das normas protetivas e dos direitos dos índios, o que exige, portanto, a alocação de recursos para a elaboração de políticas públicas que salvaguardem esses direitos.

A efetivação do direito à adaptação razoável – e das liberdades relacionadas a ela – envolverá custos por parte do Estado diretamente, quando houver uma relação jurídica com algum sujeito ativo da acomodação<sup>553</sup>. Por outro lado, o Estado agirá indiretamente para

<sup>550</sup> Nesse sentido, cf. GARGARELLA, Roberto. Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? **Jueces para la democracia**, n. 31, p. 11-15, 1998,

<sup>551</sup> Cf. Anexo III da Lei Estadual nº 6.955/2015. Informação disponível em: <[http://www.rj.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=22317892-f2b5-42b1-a177-2fb48f559e0a&groupId=91233](http://www.rj.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=22317892-f2b5-42b1-a177-2fb48f559e0a&groupId=91233)>. Acesso em: 08 ago. 2017, p. 11.

<sup>552</sup> Nesse sentido, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro v. 8, n. 3, p. 1080-2114, 2015.

<sup>553</sup> É possível imaginar a adaptação como uma medida negativa, ou seja, um não fazer do Estado. Nesse sentido, confira-se o exemplo da recusa em receber transfusão de sangue por parte das pessoas que pertencem à crença

garantir a acomodação, quando impuser obrigações ao particular para compeli-lo a acomodar, o que pode ocorrer mediante decisão judicial, por meio da atividade legislativa, ou mesmo pela atividade fiscalizatória do Executivo<sup>554</sup>, que também tem obrigações com a realização da Constituição<sup>555</sup>. Como bem apontado por Bouchard e Taylor, em geral, os direitos aparentam engendrar deveres positivos para o Estado, enquanto as liberdades gerariam somente deveres negativos<sup>556</sup>. O dever que se impõe sobre o Estado é negativo quando o proíbe de obstruir, por meio de sua intervenção, o gozo de direitos e liberdades reconhecidos<sup>557</sup>. O Estado pode, portanto, respeitar seu dever negativo ao não interferir com o exercício de direitos e liberdades<sup>558</sup>.

O dever passa a ser positivo quando, além de não interferir nos direitos e liberdades, o Estado deve intervir para prover os meios necessários para que todos os cidadãos gozem de direitos e liberdades ou para remover os obstáculos para possibilitar o seu exercício<sup>559</sup>. O dever de adaptação razoável visa a, precisamente, retirar as barreiras que impedem um indivíduo de gozar seu direito ou liberdade reconhecida, como, por exemplo, a liberdade de religião<sup>560</sup>. Essa liberdade não requer que o Estado financie a construção de igrejas e mesquitas, mas que proteja o gozo da liberdade, quando ela ficar comprometida em decorrência das suas práticas e dogmas ou pelas ações de outras pessoas<sup>561</sup>.

Assim, existem dois meios de o Estado intervir de maneira positiva: (i) conferindo aos cidadãos meios e recursos que permita a eles usufruir de direitos e liberdades; ou (ii) intervindo para remover obstáculos ao exercício de direitos e liberdades<sup>562</sup>.

---

denominada Testemunhas de Jeová. Nessa questão, o Estado deixará de efetuar o tratamento indicado para aquela situação de doença, não realizando a transfusão de sangue. Sobre o caso específico, cf. BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

<sup>554</sup> Pode-se imaginar, por exemplo, o CNJ fiscalizando a implementação das normas da Resolução nº 230 de 22 jun. 2016, obrigando determinado tribunal a promover as adaptações razoáveis no prédio para que seja possível a utilização por pessoas com deficiência.

<sup>555</sup> Sobre o tema da participação do Executivo na aplicação da Constituição, ver BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>556</sup> BOUCHARD, Gérard; TAYLOR, Charles. **Building the future: a time for reconciliation**. Governo do Quebec, 2008, p. 146. Disponível em: <<https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

<sup>557</sup> Ibidem.

<sup>558</sup> Ibidem, p. 146-147.

<sup>559</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>560</sup> Ibidem.

<sup>561</sup> Ibidem.

<sup>562</sup> Ibidem.



O Estado também deve promover a adaptação razoável daquelas pessoas que estão nas chamadas relações de sujeição especial. Existe uma grande discussão sobre a nomenclatura e a definição do que são as relações de sujeição especial<sup>563</sup>. Contudo, analisar todas essas nuances ultrapassaria os limites e o objetivo do presente trabalho. Dessa forma, de forma simplória, relações especiais de sujeição são aquelas que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, também direitos especiais<sup>564</sup>. Os particulares submetidos a essas relações possuem algumas restrições em seus direitos fundamentais, quando comparados aos demais cidadãos. Assim acontece com o preso que cumpre pena privativa de liberdade, o militar que é submetido ao regime disciplinar castrense e o servidor público que possui sua privacidade e sua liberdade de expressão restringidos, comparados aos demais.

A eles também se aplica a adaptação razoável, quando a acomodação não confrontar com a própria razão de ser da relação especial de sujeição (relembre-se, por exemplo, o caso do policial que professa religião pacifista e deseja não portar arma, nem realizar patrulhamento ostensivo). Assim é que o Tribunal de Justiça da União Europeia condenou a Polônia por violação à liberdade de religião, exigindo que se acomodasse a demanda de um preso budista para que o estabelecimento prisional, no qual cumpria pena, fornecesse alimentos compatíveis com a fé professada por ele, como a possibilidade de se oferecer uma refeição sem carne<sup>565</sup>. Tal decisão fora acertada, visto que a pena a que estava submetida o polonês era privativa da liberdade de ir e vir. Não há qualquer sanção imposta no sentido de negar o exercício dos dogmas religiosos de sua fé. Daí porque haveria uma discriminação indireta nessa restrição decorrente da sujeição especial.

Em outro caso interessante, o STJ<sup>566</sup> decidiu, ainda que de forma monocrática, que o acusado de um roubo qualificado, com paraplegia, que possuía saúde bastante debilitada por um ferimento por arma de fogo, e, além disso, sofria também de disfunção urinária, de tuberculose e de sífilis, fazia jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar como medida de adaptação razoável, notadamente porque, além dos problemas de saúde do acusado,

---

<sup>563</sup> Nesse sentido, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais...** Op. cit., p. 385-405.

<sup>564</sup> Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 259; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais...** Op. cit., p. 403.

<sup>565</sup> Confira-se o já citado precedente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Jakóbski v. Poland*, nº 18429/06, 07 dez. 2010.

<sup>566</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 339.568/SP. Sexta Turma (Decisão Monocrática). Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julg. 09 dez. 2015. **DJe** 11 dez. 2015.

o estabelecimento prisional se encontrava em situação precária, com falta de higiene e com superlotação. Portanto, também os indivíduos submetidos a relações de sujeições especiais têm direito à acomodação, desde que razoável e compatível com o princípio da proporcionalidade.

Outro caso que ilustra bem essa questão das relações especiais de sujeição é a adaptação razoável para funcionários públicos. Pode um servidor público se recusar a realizar o registro de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, alegando que tal ato viola as crenças de sua religião? No caso *Ladele*<sup>567</sup>, a Corte de Apelação da Inglaterra e Gales decidiu que a recusa do Estado em acomodar a demanda de Ladele de isentá-la da obrigação de registrar casamentos de pessoas do mesmo sexo era justificada pelo fato de que o empregador deveria zelar pela dignidade de toda a política pública, devendo ofertar o serviço a todos usuários, independentemente de orientação sexual. Tal caso se aproxima da decisão do Comissão Holandesa para o Tratamento Igualitário (“*Dutch Equal Treatment Commission*”), que decidiu que os funcionários públicos não podem se recusar a officiar em casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, com base na sua crença religiosa<sup>568</sup>.

Acredito, no entanto, que tais decisões são equivocadas. Tais situações estão abarcadas pela adaptação razoável e guardam íntima relação com a objeção de consciência<sup>569</sup>. No caso da escusa de consciência, existe uma obrigação legalmente imposta a todos, mas que, por motivos religiosos, filosóficos, de crença ou convicção política, a Constituição permitiu a realização de prestação alternativa, a fim de acomodar os interesses em jogo, de forma proporcional e razoável<sup>570</sup>. Um advogado pode, assim, se recusar a patrocinar uma causa por motivo de foro íntimo (artigo 33, parágrafo único da Lei nº 8.906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do

<sup>567</sup> *Ladele v London Borough of Islington* [2009] EWCA Civ 1357.

<sup>568</sup> *Dutch Equal Treatment Commission* (CGB), *Opinion (Oordeel)*, 2008, p. 40.

<sup>569</sup> Sobre a objeção de consciência, cf. BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 152, p. 174, out./dez. 2001. O autor entende que ela é uma derivação do direito de resistência. “A objeção de consciência é uma modalidade de resistência de baixa intensidade política (negação parcial das leis) e de alta repercussão moral. Caracteriza-se por um teor de consciência razoável, de pouca publicidade e de nenhuma agitação, objetivando, no máximo, um tratamento alternativo ou mudanças da lei. O direito do Estado, assim, não alcança o foro íntimo, a privacidade da pessoa. O que a objeção de consciência reclama é a não-ingerência do Estado em assuntos privativos da consciência individual, que se confunde também com a dignidade humana, agora solidificada como princípio constitucional (art. 1º, III, CF)”.

<sup>570</sup> Nesse sentido, confira-se o artigo 5º, inciso VIII (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”); o artigo 15, inciso IV (“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;”); e o artigo 143, § 1º (“Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar”).

Brasil<sup>571</sup>). Um médico pode se recusar a realizar um aborto legal. Nesses casos, a pessoa que se recusa a cumprir a obrigação a todos imposta não pode ser punida em razão de suas convicções políticas, filosóficas, morais e religiosas. A recusa de adaptar nos casos mencionados anteriormente é, em geral, desproporcional e desarrazoada, porque é possível que outro servidor público realize o ato.

Assim, poderia haver a compensação das tarefas entre o servidor que deixou de prestar determinado serviço ou atendimento com base em sua objeção de consciência e o funcionário que acabou acumulando mais trabalho. No caso Ladele e da Comissão Holandesa, era perfeitamente possível que outro servidor público realizasse o registro de pessoas do mesmo sexo, desde que houvesse a compensação do serviço pela parte que requereu a acomodação. No caso do aborto realizado, por exemplo, pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – seja nas hipóteses legalmente previstas hoje no artigo 128, incisos I e II do Código Penal (CP)<sup>572</sup> e no caso de anencefalia<sup>573</sup>, seja em eventual legalização do aborto –, também não há qualquer dificuldade em aplicar a mesma lógica: o médico pode, por convicção religiosa, se recusar a realizar um aborto legal, não podendo ser punido por isso. O médico somente estará obrigado quando for o único, no momento, capaz de salvar a mulher, devendo, assim, realizar o aborto, sob pena de incidir em fato típico previsto no artigo 135 c/c 128, inciso I, ambos do CP<sup>574</sup>.

A adaptação razoável – e a objeção de consciência – visa a viabilizar a fruição e o gozo de direitos e liberdades garantidos constitucionalmente, em especial pela dificuldade dos grupos vulneráveis de exercê-los. Não se trata, pois, de privilégio. Nunca é demais lembrar que a adaptação razoável é um dos mecanismos de equalizar os efeitos adversos da discriminação indireta. Certas regras gerais podem camuflar preconceitos e discriminações. Um código de postura de magistrados que exigisse que juízes usassem cabelos alinhados para trabalhar

---

<sup>571</sup> Artigo 33, parágrafo único: “O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares”.

<sup>572</sup> Artigo 128, CP: “Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

<sup>573</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Julg. 12 abr. 2012. **DJe** 30 abr. 2013.

<sup>574</sup> *A priori*, o médico pode se recusar a realizar o aborto necessário, previsto no artigo 128, inciso I, CP, se houver outras pessoas igualmente disponíveis no momento da emergência para assumir seu lugar. Havendo dois médicos de plantão, no mesmo hospital, - um com escusa de consciência por motivo religioso e o outro sem qualquer objeção – e sendo possível o atendimento por qualquer um dos dois, é legítimo que o médico que não possui qualquer objeção atenda a paciente, no lugar do profissional que alega objeção por motivo religioso.

mascararia uma discriminação contra um juiz que, por motivos religiosos, utiliza cabelos no estilo *dreadlocks*.

Portanto, em geral, será possível que o Estado realize a acomodação razoável de seus funcionários. Tal obrigação poderá, contudo, ser ponderada com algumas situações limites, em que será razoável que o servidor, por ser um braço do Estado, preste o serviço público, apesar de sua objeção de consciência. Se não houve outro ofício de registro de notas em determinada cidade, nem outro servidor disponível, o funcionário religioso terá que realizar o registro do casamento civil de pessoas do mesmo sexo. No caso de uma mulher grávida que chega em estado crítico na emergência de um hospital, o médico deverá realizar o aborto necessário para salvá-la, na impossibilidade de outro profissional atendê-la, ainda que isso conflita com a sua crença religiosa.

### 3.5.2 Os limites e as possibilidades da adaptação nas relações privadas

O direito à adaptação razoável não se limita às relações em que o Poder Público é o sujeito passivo devedor da acomodação, enquanto os particulares seriam os sujeitos ativos (titulares do direito), estejam eles em relação de sujeição especial ou não. A acomodação razoável é um direito que vincula também os particulares na sua implementação. Isso significa que os particulares também podem ser sujeitos passivos do dever de adaptar, podendo o Estado impor a realização desse direito fundamental nas relações privadas.

Dessa forma, aos particulares, deve-se utilizar os parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como mencionado, aqueles que exercem funções públicas em sentido amplo têm um dever forte de acomodar<sup>575</sup>. Especialmente quando a obrigação estiver próxima da realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais mais essenciais aos titulares do direito à adaptação, haverá um dever forte de adaptação<sup>576</sup>. Os entes privados que exercem funções públicas, prestam serviços públicos ou recebem recursos públicos têm também o dever de adaptar<sup>577</sup>. Assim, todos aqueles particulares que possuem vínculo jurídico com o Estado e prestam serviço ao público em geral têm o dever de acomodar, como os entes privados que exercem funções concessão, permissão etc. Igualmente, atividades e serviços

<sup>575</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 434-471.

<sup>576</sup> Ver SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. cit., p. 330-331. Ver também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 434-471.

<sup>577</sup> Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Adaptação razoável...** Op. cit., p. 107.

públicos, mas permitidos à iniciativa privada são sujeitos passivos do direito à acomodação, como as empresas de telefonia, de transporte público, escolas e universidades privadas<sup>578</sup>.

Nesses casos, pode citar o exemplo das obrigações impostas pelos artigos 9 a 12 da Resolução 2878/2001 do Banco Central do Brasil aos bancos públicos e privados, tais como: (i) confeccionar, em Braille, os contratos de adesão e todos os demais documentos fundamentais para a relação de consumo; (ii) enviar os extratos mensais consolidados impressos em linguagem Braille, para os clientes com deficiência visual; (iii) desenvolver cartilha para seus empregados com normas de conduta para atendimentos ao deficiente visual. Tais medidas seriam adaptações razoáveis para as pessoas com deficiência visual aptas a promover a igualdade, a dignidade, o acesso à informação e a autonomia dessas pessoas, de modo a eliminar discriminações e humilhações.

O parâmetro delineado acima é, inclusive, reiteradamente previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando trata do direito ao transporte e à mobilidade<sup>579</sup> e da acessibilidade<sup>580</sup>. A legislação prevê expressamente a necessidade de adaptação de espaços públicos e dos serviços ligados à delegação do serviço público ao particular, como as concessões, permissões etc. A lógica do dever de adaptação nesse caso deve ser estendida também para os demais casos que exigem a acomodação, como, por exemplo, a religião.

---

<sup>578</sup> Ibidem.

<sup>579</sup> Artigo 46 da Lei nº 13.146/2015: “O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.

§ 1º Para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, em todas as jurisdições, consideram-se como integrantes desses serviços os veículos, os terminais, as estações, os pontos de parada, o sistema viário e a prestação do serviço.

§ 2º São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei, sempre que houver interação com a matéria nela regulada, a outorga, a concessão, a permissão, a autorização, a renovação ou a habilitação de linhas e de serviços de transporte coletivo.

§ 3º Para colocação do símbolo internacional de acesso nos veículos, as empresas de transporte coletivo de passageiros dependem da certificação de acessibilidade emitida pelo gestor público responsável pela prestação do serviço.”.

<sup>580</sup> Artigo 54 da Lei nº 13.146/2015: “São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei e de outras normas relativas à acessibilidade, sempre que houver interação com a matéria nela regulada:

I - a aprovação de projeto arquitetônico e urbanístico ou de comunicação e informação, a fabricação de veículos de transporte coletivo, a prestação do respectivo serviço e a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva;

II - a outorga ou a renovação de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;

III - a aprovação de financiamento de projeto com utilização de recursos públicos, por meio de renúncia ou de incentivo fiscal, contrato, convênio ou instrumento congêneres; e

IV - a concessão de aval da União para obtenção de empréstimo e de financiamento internacionais por entes públicos ou privados”;

Artigo 59 da Lei nº 13.146/2015: “Em qualquer intervenção nas vias e nos espaços públicos, o poder público e as empresas concessionárias responsáveis pela execução das obras e dos serviços devem garantir, de forma segura, a fluidez do trânsito e a livre circulação e acessibilidade das pessoas, durante e após sua execução”.

Uma variação desse parâmetro é extraída da doutrina<sup>581</sup> e da jurisprudência do Canadá<sup>582</sup>. Os particulares que oferecem, habitualmente, serviços e atividades ao público em geral têm, igualmente, um dever reforçado de adaptar. A ideia subjacente a esta hipótese é que a oferta pública de serviços e atividades é uma norma ou ato geral e abstrato, que pode discriminar indiretamente pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. Devido ao caráter público, há um dever reforçado de adaptação, porque a oferta pública faz com que as ofertas tenham que ser indiscriminadas e impessoais, de modo parecido com a universalidade do serviço público. Assim, devem ser sopesados a seletividade do serviço, a diversidade do público a que a atividade ou o serviço se destina, a participação de não membros, o caráter comercial ou não, a natureza íntima e o objeto da atividade ou do serviço<sup>583</sup>.

Em relação aos particulares que recebem recursos públicos, pode-se citar o dever de adaptação de entidades de assistência social, fundações, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e entidades conhecidas como serviço social autônomo, regidas pelo Decreto-Lei nº 9.403/1946 e integrantes do chamado Sistema “S” (SESI, SEBRAE, SENAC, SENAR, SEST, SENAT etc.)<sup>584</sup>.

Nas relações trabalhistas, também há um evidente dever de acomodar. Em primeiro lugar, isso se deve ao fato de que, do ponto de vista filosófico, no sistema capitalista, as pessoas passam a maior parte do tempo das suas vidas no trabalho. Assim, é fundamental que as pessoas se realizem nas atividades que prestam diariamente e que ocupam, pelo menos no Brasil, um quarto de seu dia. Pior ainda, se uma pessoa dormir, em média, 8 (oito) horas, metade do tempo que passa acordada será dispendido em seu ofício. Levando-se em consideração o tempo do transporte entre a casa e o local de trabalho e o fato de que não é incomum a realização de horas extras, não é difícil perceber que vivemos a maior parte de nossas vidas trabalhando. Não é difícil concluir, então, que é necessário que tenhamos um trabalho digno e que possibilite a realização pessoal.

Em segundo lugar, o Constituinte consagrou diversos direitos fundamentais sociais em diversos positivos da Constituição de 1988, especialmente no artigo 7º, tais como: a previsão de um salário mínimo (artigo 7º, inciso IV); a irredutibilidade salarial (artigo 7º, inciso VI); duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais

---

<sup>581</sup> WOEHLING, José. L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. Op. cit., p. 339-341.

<sup>582</sup> Cf. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Gould v. Yukon Order of Pioneer*, [1996] 1 S.C.R. 571.

<sup>583</sup> Ibidem.

<sup>584</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 107.

(artigo 7º, inciso XIII); repouso semanal remunerado (artigo 7º, inciso XV); férias anuais remuneradas (artigo 7º, inciso XVII); licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (artigo 7º, inciso XVIII); licença-paternidade (artigo 7º, inciso XIX); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, inciso XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (artigo 7º, inciso XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (artigo 7º, inciso XXXII); proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (artigo 7º, inciso XXXIII); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (artigo 7º, inciso XXXIV).

Com base na cláusula de abertura material do artigo 5º, § 2º<sup>585</sup>, na localização topográfica dos direitos sociais no Capítulo II, que está contido no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)<sup>586</sup> e na relação intrínseca entre a realização da dignidade humana e determinado direito social<sup>587</sup>, pode-se reconhecer a jusfundamentalidade dos direitos sociais e, especificamente, dos direitos sociais fundamentais do trabalhador, tal como o rol exemplificativo acima.

Dos dois fatores elencados acima, é possível verificar a centralidade do trabalho na vida das pessoas. A adaptação razoável nas relações trabalhistas decorre do fato de que também no labor se tem direito à dignidade, à igualdade, à liberdade e ao reconhecimento intersubjetivo<sup>588</sup>,

<sup>585</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit., p. 82.

<sup>586</sup> Ibidem.

<sup>587</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 85-86. Parte da doutrina reconhece que a dignidade possui o papel de instrumento do reconhecimento ou negação da fundamentalidade a direitos inseridos no catálogo de direitos fundamentais, sob o argumento de que somente direitos materialmente fundamentais poderiam gozar dessa qualidade. Isso porque atribuir a um direito o caráter fundamental implica a aplicação do art. 60, § 4º, IV, CF, constituindo um limite material ao poder reformador. Esse limite engessaria o processo democrático e o direito de autogoverno das maiorias de determinado momento. Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana...** Op. cit., p. 85-86; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 245-247; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204-210. Em sentido contrário, Ingo Sarlet defende que a admissão desse mecanismo para negar jusfundamentalidade exporia os direitos fundamentais a graves riscos, em decorrência da diversidade de filosofias constitucionais existentes, o que acabaria tornando o reconhecimento de um direito como fundamental dependente da ideologia do juiz de plantão. Para evitar esse risco, Sarlet afirma que seria preferível tratar todos os direitos inseridos no catálogo constitucional como fundamentais, independentemente do seu conteúdo material. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit., p. 425-427.

<sup>588</sup> Sobre o tema, cf. HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, p. 46-67, out. 2008. Merece destaque o seguinte trecho: “Normas propriamente morais encontramos, ao contrário, apenas quando partilhamos com Hegel e Durkheim a convicção

especialmente diante da constatação de que, no modelo de sociedade atual, o trabalho ocupa grande parte da vida das pessoas. Dessa forma, os indivíduos não podem deixar quem são do lado de fora do seu emprego.

Outro fator relevante é que a assimetria de poderes e as desigualdades fáticas entre as partes justificam um menor peso da preservação da autonomia privada. A relação de trabalho é talvez um dos exemplos mais notórios dessa desigualdade, exigindo a realização das acomodações necessárias para os trabalhadores<sup>589</sup>.

A obrigação de acomodação nas relações de trabalho foi amplamente analisada ao longo deste trabalho, ainda que implicitamente. Diversos exemplos citados foram demandas de empregados por acomodação. Nesse sentido, pode-se citar o caso *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*<sup>590</sup>, em que a Suprema Corte do Canadá decidiu que a denegação pelo empregador *Dairy Plant* de acomodar as necessidades do Sr. Jim Christie, que necessitava se ausentar, por razões religiosas, na segunda-feira, o dia mais atarefado da semana, segundo o empregador, não era razoável, por não se ter configurado ônus excessivo. A Corte acabou revertendo, portanto, a demissão por justa causa.

Outro interessante julgado no Direito comparado foi o caso *Coleman*<sup>591</sup>, decidido pelo TJUE. O Tribunal conferiu adaptação razoável não para a pessoa diretamente vulnerável, mas para aqueles indivíduos que possuem uma relação direta na realização de suas necessidades pessoais, tal como já mencionado neste trabalho. Dessa forma, as proibições de discriminação e de assédio não se aplicariam apenas às pessoas com deficiência, mas também àquelas que são cuidadoras primárias de pessoas com deficiência. Assim, abstratamente, uma pessoa sem

---

de que o mercado capitalista de trabalho não é apenas um meio para o aumento da eficiência econômica, mas também precisa construir um meio de integração social; pois somente sob esta premissa, de modo algum auto-evidente, fica claro que o funcionamento deste mercado depende do cumprimento de promessas morais, que precisam ser descritas com conceitos como a ‘honra burguesa’, ‘justiça meritocrática’ e ‘trabalho dotado de sentido’. [...] Em todo o caso, as reações daqueles que povoam os mercados de trabalho capitalistas contemporâneos somente podem ser explicadas apropriadamente se, ao invés da perspectiva da integração sistêmica, for assumida a da integração social; pois o fato de que nas condições dadas há sofrimento e não apenas predomínio da indiferença, que há luta e exigências e não apenas reações de apatia estratégica só pode ser compreendido se o mercado seguir sendo analisado como parte do mundo social da vida.” (HONNETH, Axel. Op. cit., p. 64-65).

<sup>589</sup> Sobre as relações de poder existentes também no âmbito privado, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**.... Op. cit., p. 453 e ss. Além das relações de trabalho, podem-se citar também as relações de consumo e a manutenção de estabelecimento prisional por entidades privadas, casos nos quais o dever de acomodação também será reforçado.

<sup>590</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

<sup>591</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law Case*, [2008], C-303/06, 17 jul. 2008.



deficiência, que é responsável pelos cuidados de uma criança com deficiência, pode sofrer assédio no ambiente de trabalho, podendo, por isso, requisitar acomodação razoável.

Recentemente, o TST<sup>592</sup> garantiu a Adventista de Sétimo Dia o direito de não trabalhar aos sábados, em razão dos dogmas de sua religião. O tribunal fundamenta que o poder diretivo do empregador e a suposta inexistência de lei disciplinando a matéria não poderiam ser óbice para o gozo e exercício da liberdade religiosa do reclamante.

Mencionei, no item anterior, que a adaptação razoável é um dos mecanismos para equalizar os efeitos adversos da discriminação indireta e que certas regras gerais podem camuflar preconceitos e discriminações – citei, por exemplo, um código de postura de magistrados que exigisse que juízes usem cabelos alinhados, discriminando aqueles que, por motivos religiosos, utilizem cabelos no estilo *dreadlocks*. A questão que subjaz a esse exemplo diz respeito ao fato de que certas posturas, vestuários, modo de se portar e de cortar o cabelo podem ser utilizados para discriminar, impondo uma certa concepção de pessoa e de modo supostamente correto de ser no mundo, com base em um padrão estético hegemônico. Considerar pessoas de cabelo curto mais arrumadas que aquelas que possuem cachos ou cabelos longos, ou realizar discriminações pelas roupas que vestem ou pela cor da pele são a imposição de padrões hegemônicos na sociedade sobre as pessoas que não os atendem ou que decidem não seguir essas tendências.

---

<sup>592</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 51400-80.2009.5.21.0017. Primeira Turma. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Julg. 24 jun. 2015. **DEJT** 30 jun. 2015: “[...] 3. Realmente, conforme doutrina de Hermenêutica hoje majoritariamente aceita, o conflito aparente entre princípios constitucionais (diferentemente do que se dá entre meras regras do ordenamento) resolve-se por meio da busca ponderada de um núcleo essencial de cada um deles, destinada a assegurar que nenhum seja inteiramente excluído daquela determinada relação jurídica. 4. Ora, no presente caso, mesmo que por absurdo se considere que o poder diretivo do empregador seja não uma simples contrapartida ontológica e procedimental da assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador, mas sim um desdobramento do princípio da livre iniciativa com o mesmo status constitucional que a cláusula pétrea da liberdade de crença religiosa, ainda assim não haveria como reformar-se o v. acórdão recorrido. 5. Isso porque a pretensão deduzida pelo Reclamante de não trabalhar aos sábados é perfeitamente compatível com a faceta organizacional do poder diretivo da Reclamada: afinal, o e. TRT da 21ª Região chegou até mesmo a registrar a localidade em que o Reclamante poderia fazer os plantões de finais de semana (a saber, escala entre as 17:30h de sábado e as 17:30h do domingo, no Posto de Atendimento de Caicó-RN), sendo certo que contra esse fundamento a Reclamada nada alega na revista ora sub judice. 6. Tem-se, portanto, que, conforme brilhantemente destacado pelo i. Juízo a quo, a procedência da pretensão permite a aplicação ponderada de ambos os princípios em conflito aparente. 7. Já a improcedência da pretensão levaria ao resultado oposto: redundaria não apenas na impossibilidade de o Reclamante continuar a prestar serviços à Reclamada - posto que as faltas ocorridas em todos os sábados desde 2008 certamente implicariam alguma das condutas tipificadas no artigo 482 da CLT - e na consequente privação de direitos por motivo de crença religiosa de que trata a parte inicial do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal de 1988; como também, de quebra, na afronta também à parte final daquele mesmo dispositivo, já que a obrigação a todos imposta pelos artigos 7º, XV, da Constituição e 1º da Lei nº 605/49 é apenas de trabalhar no máximo seis dias por semana, e não de trabalhar aos sábados. [...]” (trecho do voto do relator).

Nesses casos, verifica-se também uma discriminação indireta. Eles são bastante comuns no ambiente de trabalho: exigência de cabelos curtos, vedação a determinado tipo de vestimenta, utilização de uniformes são alguns dos exemplos. O precedente *Eweida v. United Kingdom*<sup>593</sup> ilustra o que foi dito acima. A Sra. Nadia Eweida, uma empregada cristã da *British Airways* (BA), teve que esconder seu crucifixo a pedido de seu empregador. Ela utilizava o crucifixo do lado de fora do uniforme, contrariando a política da BA sobre o uso de joias e bijuterias. A Sra. Eweida processou a empresa aérea por discriminação religiosa, tendo, entretanto, perdido em todas as instâncias internas do Reino Unido.

O TEDH concluiu que haveria de ser feita uma ponderação: de um lado, o desejo da Sra. Eweida de manifestar sua crença religiosa. As sociedades democráticas precisam não só tolerar e sustentar o pluralismo e a diversidade, mas também o valor de cada indivíduo que faz da religião um princípio central na vida e que tem a necessidade de comunicar essa crença a outros. Por outro lado, haveria o desejo do empregador de projetar uma certa imagem corporativa. A Corte considerou que, apesar de ser um objetivo legítimo, as cortes domésticas teriam atribuído muito valor a essa imagem. Não haveria qualquer evidência de que vestir outros itens de roupa religiosos previamente autorizados, como turbantes e *hijabs*, por outros empregados, teria um impacto negativo na marca ou na imagem da empresa. Além disso, o fato de que a companhia emendou o código de uniforme para permitir a utilização de joias e bijuterias de símbolos religiosos visíveis demonstrou que a proibição anterior não era de crucial importância. Assim, o Tribunal condenou o Reino Unido por violar a liberdade religiosa da Sra. Eweida.

Organizações sindicais são também partícipes do dever, mormente quando a discriminação advém de seus acordos e convenções<sup>594</sup>. No caso *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*<sup>595</sup>, 535 U.S. 391 (2002), a Suprema Corte dos Estados Unidos restringiu a aplicação do ADA, excluindo os sindicatos do seu espectro e recusando a possibilidade de acomodação, caso ela afetasse acordos coletivos ou planos de cargos e salários.

Contudo, tal exclusão não é correta. Organizações sindicais nem sempre realizam negociações coletivas pensando no bem-estar de grupos vulneráveis. Acordos e convenções coletivas valem como normas gerais e abstratas para todos os empregados de uma determinada categoria, sendo, portanto, passíveis de incorrer em discriminação indireta, na medida que,

---

<sup>593</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Eweida and others v. the United Kingdom*, [2013], (Applications n.ºs. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10), 15 jan. 2013.

<sup>594</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 106.

<sup>595</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, 535 U.S. 391 (2002).

satisfazendo os elementos apontados no Capítulo I, seus impactos adversos podem afetar minorias estigmatizadas, como pessoas com deficiência e minorias religiosas.

Além disso, não se deve idealizar as negociações coletivas. Os representantes dos empregados podem estar, por vezes, mais alinhados com os padrões do que com os interesses da classe trabalhadora que representam. Por fim, as minorias que fazem jus à adaptação são, em geral, excluídas tanto do processo político – o que gera uma maior incidência de normas e atos que discriminam indiretamente, como já analisado no Capítulo I –, quanto das negociações coletivas – pelos mesmos motivos, a ocorrência de normas gerais com efeitos adversos também será agravada.

Por esses motivos, não há porque negar que uma norma decorrente de deliberação coletiva possa incorrer em discriminação indireta, seja no espaço público de deliberação democrática, seja no campo privado, como as normas coletivas do direito do trabalho e de condomínio edilício, por exemplo (convenção condominial). Por isso, a Suprema Corte canadense reconheceu que todos os partícipes dos processos de discriminação, ainda que adversa e não-intencional, como sindicatos e condomínios residenciais – ao contrário da jurisprudência dos Estados Unidos –, são sujeitos passivos do dever de acomodar ou de deveres assemelhados<sup>596</sup>.

No mais, aplicam-se as diretrizes da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>597</sup>. Os direitos fundamentais possuem, além da dimensão subjetiva, uma objetiva: possuem eficácia irradiante por todo o ordenamento, conformando a sua interpretação com a penetração dos valores constitucionais em todas as normas infraconstitucionais, incidindo, inclusive, nas relações entre os particulares<sup>598</sup>. O Estado possui, portanto, os deveres de proteção de direitos fundamentais, ou seja, os poderes públicos devem não só se abster de violá-los, mas também promovê-los, protegendo-os de ameaças, inclusive daquelas advindas de outros indivíduos<sup>599</sup>. Numa ordem constitucional centrada na dignidade humana e nos direitos fundamentais como reserva de justiça<sup>600</sup>, consubstanciando os valores mais importantes da

<sup>596</sup> Nesse sentido, cf. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47.

<sup>597</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Op. cit. Ver também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 431-497.

<sup>598</sup> Sobre o tema, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. cit., p. 142-151; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 105-140; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 457-467.

<sup>599</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 468-471; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 216-220.

<sup>600</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua reserva de justiça...** Op. cit.

comunidade política<sup>601</sup>, o Estado deve se abster de violar direitos e liberdades e evitar também que os particulares o façam. Por outro lado, para o exercício desses direitos e dessas liberdades, devem ser garantidos pressupostos materiais para o gozo de iguais liberdades, conforme descrito no Capítulo I. Assim, o Estado deve também agir positivamente para garantir esses pressupostos, inclusive nas relações privadas<sup>602</sup>. Tal dever é mais forte quando se tratar de questões existenciais, comparado com questões patrimoniais<sup>603</sup>. Também será mais forte quando estiver em jogo a defesa de pessoas hipossuficientes, o acesso ao mínimo existencial e a promoção da igualdade substantiva<sup>604</sup>. Dessa forma, ganha relevância a prestação dos direitos sociais também na vinculação direta dos particulares, tendo em vista a previsão constitucional do princípio da solidariedade<sup>605</sup>.

A adaptação razoável está intrinsecamente ligada à dignidade humana e à igualdade substantiva. Como visto no Capítulo I, ela promove o exercício de iguais liberdades e o valor intrínseco e pessoal dos indivíduos. Tem também fundamento no reconhecimento intersubjetivo, aspecto fundamental da dignidade, e a capacidade de promovê-lo. Ela possui também um papel fundamental no combate à discriminação indireta. Dessa forma, é evidente que o direito à adaptação razoável deve ser imposto, na maioria dos casos, aos particulares. Tal dever será mais forte quando o particular prestar serviços públicos, com alguma relação jurídica com o Estado ou quando os serviços e atividades prestados por agentes privados forem oferecidos ao público em geral, tal como mencionado acima.

Deve-se verificar também se há uma norma ou ato geral ou abstrato capaz de gerar discriminação indireta e de ensejar o correlato dever de acomodação, como um código de condutas e vestimentas, que possa produzir resultados discriminatórios, normas coletivas trabalhistas e de condomínios, entre outros.

Outro parâmetro importante diz respeito à existência de lei regulando a matéria. A adaptação razoável decorre diretamente do bloco de constitucionalidade, sendo uma medida de promoção da igualdade substantiva. Isso, contudo, não impede sua regulamentação mediante leis e atos normativos pelo Estado, disciplinando a vinculação dos particulares<sup>606</sup>. A normatização tem a vantagem de conferir previsibilidade e segurança jurídica às situações que

---

<sup>601</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 325.

<sup>602</sup> Ibidem, p. 326-327.

<sup>603</sup> Ibidem.

<sup>604</sup> Ibidem.

<sup>605</sup> Ibidem.

<sup>606</sup> Ver SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 330-331. Ver também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 434-497.

merecem adaptação e ao modo como devem ser realizadas. Isso ocorreu com o ADA, nos Estados Unidos, e, recentemente, no Brasil, com a incorporação da CDPD e com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em todo caso, os parâmetros de razoabilidade, de ônus indevido e de proporcionalidade, delineados nos itens 3 e 4, devem ser aplicados na análise do dever de adaptar. Por fim, ultrapassados esses parâmetros, cabe mencionar que o particular deve comprovar que tomou todas as medidas para se prover a acomodação e que adotá-las implicaria ônus excessivo<sup>607</sup>.

### 3.6. Conclusões parciais e o conceito provisório

Uma característica elementar do conceito de adaptação razoável é a relação entre ela e a violação dos direitos dos membros de um grupo protegido constitucionalmente. Esse é o motivo pelo qual mesmo antes da existência ou da assinatura da CDPD já se verificavam adaptações razoáveis em diversos julgados no Brasil e no mundo, ainda que os tribunais não se refiram a ela pelo nome.

Assim, a adaptação razoável é uma ferramenta, por excelência, de correção da discriminação indireta. Nesse sentido, a medida que está sendo desafiada deve ter o potencial de colocar em desvantagem um grupo de pessoas que possuem alguma característica protegida (como gênero, religião ou crença) e que são os legitimados para reclamar tais violações. O indivíduo deve estar em desvantagem, porque divide características com um grupo maior de pessoas, que são protegidas pela igualdade. A necessidade de acomodação deve, de algum jeito, estar relacionada com uma característica protegida, a uma específica consequência advinda de uma deficiência ou de qualquer prejuízo advindo de uma escolha ou característica pessoal.

Portanto, se a adaptação razoável promove a igualdade e busca combater os efeitos adversos da discriminação indireta, ela é um direito fundamental. Como tal, tanto o poder público, quanto os particulares possuem vinculação à sua realização, observando-se o princípio da proporcionalidade: sendo razoável e não incorrendo em ônus indevido, será discriminatória a recusa em promover a acomodação necessária.

Portanto, à luz de tudo o que já fora exposto neste trabalho, *adaptação razoável é um direito fundamental a medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre*

---

<sup>607</sup> WOEHLING, José. Op. cit., p. 342.

*indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas, a fim de assegurar que eles possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como tenham protegidos seu valor intrínseco e promovidas relações de reconhecimento intersubjetivo, até o ônus desproporcional ou indevido.*

## 4 ESTUDO DE CASOS: A APLICAÇÃO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL À LIBERDADE RELIGIOSA

A religião ocupa espaço infinito dentro do homem, sem que este perca as limitações humanas.

*ANDRADE, Carlos Drummond. O Averso das Coisas: Aforismos. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1990.*

### 4.1 Introdução

Nos capítulos I e II, analisei as premissas da adaptação razoável. Em relação ao primeiro, busquei demonstrar qual igualdade justifica e se busca alcançar com a realização das acomodações para membros de determinados grupos minoritários vulneráveis. No segundo, analisei a necessidade humana de desenvolver relações intersubjetivas para a formação da sua (auto)consciência, o que justificaria também medidas adaptativas. Além disso, demonstrei também como a adaptação razoável possui a capacidade de desencadear relações de reconhecimento intersubjetivo, sendo, portanto, fundamental para a formação da consciência de si e da personalidade humana.

No capítulo III, estabelecidas as premissas, formulei um conceito abrangente de adaptação razoável, de modo a abrigar todas as minorias vulneráveis que venham a sofrer discriminações indiretas e que possam e devam ser eliminadas ou, pelo menos, mitigadas por um direito à adaptação razoável. Analisei os fundamentos da acomodação razoável na Constituição e na CDPD. Em seguida, conceituei o que seria “razoável”, o segundo componente da expressão estudada. Mais adiante, analisei os parâmetros para ponderação e para a aplicação do princípio da proporcionalidade e defini o papel do ônus indevido nessa avaliação. Na última parte, busquei demonstrar quem são os sujeitos passivos do direito à adaptação razoável, analisando a relação dos titulares do direito com o poder público e com os particulares. Na conclusão, delimito um conceito de adaptação razoável que abarcasse todas as premissas e objetivos analisados neste trabalho.

Nesse contexto, cabe agora testar esse conceito, buscando demonstrar como ele se aplicaria na prática jurídica. Para isso, este capítulo se dedicará ao estudo de casos, que possuirá dois objetivos: o primeiro é tornar o que fora escrito sobre adaptação razoável até o momento mais concreto para a sua melhor compreensão. O segundo é testar os parâmetros formulados ao longo do presente trabalho, demonstrando o que deve ou não ser objeto de acomodação.

Para esta parte, analisarei casos de adaptação razoável relacionados à liberdade religiosa. A escolha metodológica se deu por dois motivos. O primeiro está relacionado ao fato de que não existe um conceito expresso de adaptação razoável na legislação brasileira ou na Constituição para a liberdade religiosa. A escolha do caso das pessoas com deficiência também poderia ser o parâmetro deste estudo. No entanto, o fato de haver diversas normas legais e constitucionais – seja no próprio texto constitucional, seja no bloco de constitucionalidade – tratando do assunto não permitiria a análise da aplicação do conceito nos casos de omissão legislativa. Assim, as situações que ensejam um direito à adaptação razoável para o discriminado têm fundamento direto nos valores morais da Constituição, ao contrário do que acontece no caso das pessoas com deficiência, que estão protegidas pelas disposições da CDPD e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa peculiaridade torna mais difícil a análise da aplicação da adaptação razoável, justamente pela ausência de um parâmetro legal objetivo e pela questão do autogoverno democrático, o que justifica, portanto, a adoção desse recorte.

O segundo motivo diz respeito ao fato de que, ao lado das pessoas com deficiência, os casos de adaptação de liberdade religiosa são os mais comuns nos tribunais. Daí porque o recorte deve, prioritariamente, versar sobre um desses casos, que permitem, assim, analisar mais profundamente cada um dos elementos que compõem o conceito.

Defini, ao fim do capítulo anterior, a adaptação razoável como *um direito fundamental a medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas, a fim de assegurar que eles possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como tenham protegidos seu valor intrínseco e promovidas relações de reconhecimento intersubjetivo, até o ônus desproporcional ou indevido*. Dito isso, o presente capítulo está estruturado da seguinte forma. No primeiro item, dedicarei algumas linhas para tratar da tensão entre laicidade e laicismo e como isso se reflete na acomodação razoável. Na segunda parte, estudarei casos que demonstrem como a adaptação razoável promove – ou deveria promover – a igualdade, tal como delineada neste trabalho, corrigindo os efeitos adversos da discriminação indireta. Na terceira parte, analisarei casos à luz do reconhecimento intersubjetivo. Na quarta, testarei os parâmetros de aplicação do princípio da proporcionalidade, investigando algumas decisões à luz da razoabilidade, do ônus indevido e da ponderação com outros direitos fundamentais. Na quinta parte, explorarei alguns casos de adaptação pelos sujeitos passivos que possuem a obrigação de acomodar.



## 4.2 Breves notas sobre a tensão entre laicidade, laicismo e adaptação razoável

O princípio da laicidade está previsto no artigo 19, inciso I da CF. O dispositivo veda a todos os entes da federação “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. Ela possui uma natureza dúplex: protege as diversas confissões religiosas do risco de intervenções arbitrárias do Estado nas suas questões internas, tais como cultos, dogmas, valores, organização institucional, processos de tomada de decisões etc. e, por outro lado, protege o Estado da influência das religiões, impedindo que qualquer confissão religiosa se imiscua nas questões relacionadas ao poder secular e democrático<sup>608</sup>.

A característica marcante é a imparcialidade, de modo que o poder público se encontrará em posição de equidistância em relação aos discursos religiosos e aqueles sobre religião<sup>609</sup>. Ela não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta, agnóstica ou refratária à religiosidade, porque tais concepções também são crenças religiosas<sup>610</sup>, mas está ligada à posição de neutralidade frente às concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe vedado tomar partido em questões de fé, bem como buscar o favorecimento ou o embaraço de qualquer crença<sup>611</sup>.

A laicidade não rejeita as crenças, nem as suas manifestações. Também não exclui a fé do espaço público, limitando-a ao domínio privado<sup>612</sup>. Pelo contrário, instituições inclusivas estão associadas a uma esfera pública receptiva a pessoas de todos os credos e orientações, sendo a relação entre o Estado e a sociedade civil mediada por um sistema institucional que reconhece todos como parceiros iguais em uma empreitada coletiva<sup>613</sup>.

---

<sup>608</sup> SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*, p. 3, mai. 2007. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/content/download/1631/14570/file/RE\\_%20DanielSarmiento2.pdf](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmiento2.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>609</sup> PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada**: o espaço da religião em um Estado democrático de Direito. 462 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 350.

<sup>610</sup> SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. Op. cit., p. 3.

<sup>611</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 613.

<sup>612</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 351.

<sup>613</sup> *Ibidem*.

Ela está relacionada, ainda, diretamente, à liberdade de religião e à igualdade<sup>614</sup>. Em relação ao primeiro, ela veda o favorecimento e a coerção para a adoção de determinada crença religiosa. Quanto ao segundo, atua no sentido de conferir igual respeito e consideração às diversas crenças escolhidas pelos cidadãos, de modo a evitar hierarquizações entre as confissões de cada pessoa.

O laicismo, por outro lado, está associado a uma atitude de hostilidade perante a religião, com o seu afastamento do espaço público e com a promoção deliberada de uma mentalidade secularizada e indiferente perante a religião<sup>615</sup>. Na Europa, esteve associado historicamente ao republicanismo, tendo emergido no contexto do fim do antigo regime, com a destituição da monarquia e com a abolição dos privilégios da nobreza<sup>616</sup>. Portanto, o laicismo vai na direção oposta ao princípio da laicidade, que busca garantir o igual exercício da liberdade religiosa, construindo um espaço aberto para a religião, livre de coerções ou discriminações<sup>617</sup>.

Para ilustrar essa discussão, veja-se o exemplo dos crucifixos nas repartições e nos prédios públicos. Viola o princípio da laicidade do Estado a utilização de símbolos associados à fé nos recintos públicos de repartições, tais como os crucifixos nas salas de julgamento dos tribunais<sup>618</sup>, visto que a utilização desses adereços sinaliza a identificação do Estado com as ideias religiosas que eles representam<sup>619</sup>, conferindo uma posição de vantagem a uma determinada confissão<sup>620</sup>.

Por outro lado, a interpretação equivocada do republicanismo conferida pela França ao conceito de laicidade traduz-se em uma verdadeira animosidade em relação às manifestações religiosas pessoais no espaço público. Com base no “princípio da neutralidade estrita”, defendido pelo Conselho de Estado<sup>621</sup> francês, a “Comissão Stasi”<sup>622</sup> entendeu que os agentes públicos do serviço de educação pública se beneficiam da liberdade de consciência, que veda a discriminação no acesso aos cargos públicos e no desenvolvimento da carreira. Contudo, o princípio da laicidade impede a manifestação de suas crenças religiosas. Dessa forma, o fato de

<sup>614</sup> SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. Op. cit., p. 3-5.

<sup>615</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 307; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 8; PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 352.

<sup>616</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 306.

<sup>617</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 310; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 8.

<sup>618</sup> Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. Op. cit.; PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 407.

<sup>619</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 359.

<sup>620</sup> Ibidem, p. 348-349.

<sup>621</sup> FRANÇA. Conselho de Estado da França, Demoiselle Marteaux, requête n° 217017, 03 mai. 2000.

<sup>622</sup> Cf. FRANÇA. **Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République**. Rapport au Président de la République, 2003, p. 22. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

um agente manifestar, no exercício de suas funções, suas crenças religiosas, notadamente ao portar um símbolo destinado a destacar seu pertencimento a uma religião, constitui, segundo a comissão, uma violação de suas obrigações.

Em outro caso julgado na França, a Corte de Cassação francesa manteve a condenação de um prefeito que havia impedido uma conselheira municipal de usar a palavra, porque portava uma cruz<sup>623</sup>.

O Conselho de Estado francês (*Conseil d'État*) analisou a validade de uma norma geral que previa que o indivíduo deveria ficar com a cabeça completamente descoberta na foto da sua licença para dirigir, sem a qual seria impedida a sua renovação. Uma associação de *sikhs* e o Sr. Mann Singh, que também professava a religião, demandaram a acomodação razoável para que os *sikhs* pudessem ter, em seus documentos, uma foto com o turbante, tal como preveem suas práticas religiosas. O Conselho, se referindo ao precedente do caso *Suku Phull v. France*<sup>624</sup>, julgado pelo TEDH, rejeitou entrar em um debate sobre o direito à acomodação razoável e, para negar o pedido, se limitou a declarar que as previsões controversas não pareciam ser desproporcionais com o seu objetivo, nomeadamente permitir a mais completa investigação possível da pessoa fotografada no documento contestado<sup>625</sup>.

Outro relevante precedente foi o caso *S.A.S. v. France*<sup>626</sup>, julgado pelo TEDH. A França editou a Lei n° 2010-1192 de 11 out. 2010<sup>627</sup>, que proibia a utilização de vestimentas desenhadas para cobrir o rosto do indivíduo. A demandante, uma mulher nascida na França, mas de origem paquistanesa, que ficou conhecida como S.A.S., alegou que a lei violava seu direito à privacidade e à liberdade religiosa. A Corte entendeu que a lei interferiria ou, pelo menos, limitaria os direitos em questão. Entretanto, ela considerou que, na vida em sociedade, o rosto desempenha um importante papel na interação social. Assim, a proibição de vestimentas que cobrissem a face dos indivíduos seria compatível com o modo de viver em sociedade na

<sup>623</sup> FRANÇA, Corte de Cassação. Câmara Criminal. N° de pourvoi: 10-80.584, 1° set. 2010.

<sup>624</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Suku Phull v France*, A 35753/03. Julg. 11 jan. 2005. A decisão obrigou um passageiro *sikh* a remover seu turbante no procedimento de segurança do *check in* de um aeroporto.

<sup>625</sup> França, Conselho de Estado, Ordonnance n° 289947. Julg. 6 mar. 2006.

<sup>626</sup> TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *S.A.S. v. France*, Application n° 43835/11. Julg. 1° jul. 2014.

<sup>627</sup> Cf. Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id>>. Acesso em: 20 dez. 2017. Destaque-se que o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) francês julgou a lei constitucional. Veja-se FRANÇA. Conselho Constitucional. Decisão n° 2010-613 DC. Julg. 7 out. 2010. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911681&categorieLien=cid>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

França. A medida seria uma expressão do pluralismo, da tolerância e da “mente aberta”, sem os quais não existiria sociedade democrática.

Os casos narrados acima não concretizam o princípio da laicidade, mas apontam para um laicismo, diante da animosidade no tratamento das manifestações da liberdade religiosa. A adaptação razoável não é incompatível com a laicidade. Pelo contrário, a garantia do exercício da igual liberdade religiosa pelo indivíduo é uma exigência da posição de imparcialidade do Estado frente às confissões religiosas. O laicismo tende a ser refratário em relação à acomodação, porque age no sentido de isolar as manifestações religiosas dos espaços públicos, confinando-as à seara privada.

Nos Estados Unidos, há também uma discussão sobre as fronteiras que separam a laicidade do laicismo. A *Free Exercise Clause*, prevista na Primeira Emenda à Constituição daquele país, garante aos cidadãos estadunidenses o direito de professar qualquer confissão religiosa, o que inclui a proteção de comportamentos e contra violações por razões religiosas, fundamenta isenções a leis gerais, acomodações, a prática de cultos e de rituais e a expressão de opiniões. A *Establishment Clause* também descrita na Primeira Emenda, proíbe que o Estado dê algum benefício ou reconhecimento especial para alguma religião. Ela está associada à ideia de neutralidade entre o religioso e o não religioso. Assim, o requerimento, com base na *Free Exercise Clause*, para acomodação de uma ideia, de uma ação, de uma crença ou de uma conduta religiosa, em relação a uma norma geral, pode entrar em conflito a *Establishment Clause*. Dessa forma, não é incomum o conflito entre as cláusulas religiosas<sup>628</sup>, um conflito da Primeira Emenda com a Primeira Emenda.

Contudo, a adaptação razoável na seara religiosa não é um privilégio da religião sobre a não religião. Também não é uma preferência de uma confissão religiosa sobre as demais. Na verdade, ela busca tratar as pessoas como livres e intrinsecamente iguais, enfrentando hierarquizações entre membros de grupos religiosos e o restante da sociedade<sup>629</sup>. A maioria elabora as leis compatíveis com as suas preferências, o que pode ensejar restrições e ônus desproporcionais, que produzem desigualdade sobre as minorias religiosas<sup>630</sup>. Portanto, a recusa do Sr. Sherbert de trabalhar aos sábados, em virtude de esse ser o dia de guarda dos

<sup>628</sup> A Suprema Corte já reconheceu expressamente esse conflito. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

<sup>629</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha C. **Liberty of conscience**: in defense of America's tradition of religious equality. New York/Philadelphia: Basic Books, 2008, p. 164; EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. **Religious freedom and the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 97-100.

<sup>630</sup> NUSSBAUM, Martha C. Op. cit., p. 164.

adventistas de sétimo dia, era legítima, não sendo possível a sua demissão por justa causa<sup>631</sup>. Por outro lado, não se pode punir adultos e crianças que se negam a saudar a bandeira nacional, sob uma justificativa religiosa. A Suprema Corte, no caso *Gobitis*<sup>632</sup>, reconheceu a constitucionalidade da expulsão da escola de crianças que se negaram a reverenciar a bandeira dos Estados Unidos, com base na sua religião. As manifestações públicas dos preceitos religiosos dos indivíduos não devem ser punidas ou tratadas com animosidade ou com desprezo pelo Estado, sob pena de violar a sua liberdade religiosa e, ao fim, o próprio princípio da laicidade.

A denegação de adaptação razoável nesses precedentes resulta em discriminação sobre as minorias religiosas, que têm a sua liberdade de crença diminuída de forma desproporcional, com base em argumentos como segurança e favorecimento de relações sociais. Não se trata de exigir que o Estado promova determinada concepção religiosa, mas sim de garantir que os indivíduos que professam determinada crença, possam praticá-la com igual liberdade, respeito e consideração em relação às demais. Ele não deve tratar as pessoas como meios para um objetivo coletivo, como a segurança e a interação social, sob pena de incorrer em utilitarismo incompatível com as liberdades fundamentais, a igualdade e a dignidade humana. As restrições a esses direitos em nome de metas coletivas devem passar por um escrutínio estrito à luz dos valores fundantes do sistema constitucional, devendo ser excepcionais e consentâneas com o princípio da proporcionalidade<sup>633</sup>.

#### **4.3 O papel da adaptação razoável na promoção da igualdade substantiva e a busca pela eliminação da discriminação indireta**

No caso *Peiote*<sup>634</sup>, a Suprema Corte do Estados Unidos decidiu que o Estado pode negar benefícios devidos em decorrência da demissão de uma pessoa por violar uma norma estatal que proibia o uso do peiote, ainda que o seu uso seja parte de um ritual religioso. Segundo ela,

---

<sup>631</sup> Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

<sup>632</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

<sup>633</sup> Nesse sentido, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016.

<sup>634</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

os Estados teriam o poder de acomodar atos ilegais realizados com fundamento nas crenças religiosas, mas eles não teriam o dever de fazê-lo quando requeridas.

De modo mais detalhado, os fatos eram os seguintes: uma clínica privada de reabilitação para consumidores de drogas demitiu dois membros da *Native American Church* (NAC) Alfred Smith e Galen Black pelo uso do peiote. Eles sustentavam que o peiote era parte fundamental das cerimônias religiosas da NAC. Contudo, a posse de drogas era ilegal no Estado de Oregon e a lei não trazia qualquer isenção relacionada ao uso religioso. Quando Smith e Black requereram os benefícios pelo desemprego, o Estado os negou sob o argumento de que o uso do peiote seria uma conduta ilícita, o que ensejaria a demissão por justa causa. Dessa forma, eles não teriam direito a nenhum benefício em decorrência da dispensa.

A Corte, no voto majoritário redigido pelo *Justice* Scalia, entendeu que a Cláusula do Livre Exercício (*Free Exercise Clause*) permite que o Estado proíba o uso sacramental do peiote e, portanto, denegue os benefícios pelo desemprego das pessoas despedidas pelo seu uso. Apesar de reconhecer que um Estado estaria proibindo o livre exercício de uma religião, em violação à Primeira Emenda, a Cláusula não permitiria isentar um indivíduo de obrigações de cumprir uma lei que acidentalmente proíbe a realização de um ato que a crença religiosa impõe aos seus seguidores, se a lei não é especificamente direcionada à prática religiosa e é, de outra forma, constitucional quando aplicada àqueles que praticarão o ato por razões não religiosas. A única decisão em que a Corte reconheceu que a Primeira Emenda veda a aplicação de leis gerais e neutras a ações motivadas religiosamente diz respeito aos casos que envolvem a *Free Exercise Clause* em conjunto com outra proteção constitucional, mas nunca só com base nessa Cláusula da Primeira Emenda.

A Corte decidiu também que o requerimento de isenção religiosa em relação à legislação do Estado de Oregon não poderia ser analisado sob o teste do balanceamento (*balancing test*) na linha utilizada no caso *Sherbert v. Verner*<sup>635</sup>, em que as ações governamentais que limitam substancialmente uma prática religiosa deveria ser justificada por um interesse governamental imperioso (*compelling governmental interest*). Esse teste teria sido desenvolvido em um contexto – regras de elegibilidade para compensação pelo desemprego – que se prestaria à avaliação individualizada dos motivos da conduta relevante. O teste seria inaplicável a uma proibição criminal relacionada a uma forma particular de conduta. Sustentar o contrário criaria um extraordinário direito a ignorar leis de aplicabilidade geral que não são baseadas no interesse

---

<sup>635</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

governamental imperioso (*compelling governmental interest*) com fundamento na crença religiosa. Esse direito também não poderia ser limitado a situações nas quais a conduta proibida é central para a religião do indivíduo, na medida em que isso ensejaria que os juízes investigassem a centralidade de crenças particulares ou práticas relacionadas a uma fé. Assim, seria constitucionalmente permitida uma isenção pelo uso sacramental do peiote em relação às leis que proíbem a utilização de drogas, mas ela não seria uma exigência extraída diretamente da Constituição.

A denegação de acomodação nesse caso não se encontra de acordo com os parâmetros delineados neste trabalho por diversos motivos. Como o foco deste item é a igualdade substantiva e o papel da adaptação na correção ou, pelo menos, mitigação dos efeitos da discriminação indireta, analisarei o julgado apenas sob essa ótica. Em relação ao parâmetro que tracei no capítulo I, o julgado viola a exigência de que sejam combatidos efeitos discriminatórios de leis, atos e condutas gerais e abstratas (“*medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas [...]*”).

Quando decidiu que a *Free Exercise Clause* não permitiria isentar um indivíduo de obrigações de cumprir uma lei que acidentalmente proíbe a realização de um ato que a crença religiosa impõe aos seus seguidores, se a lei não é especificamente direcionada à prática religiosa e é, de outra forma, constitucional quando aplicada àqueles que realizam o ato por razões não religiosas, a Corte ignorou os efeitos adversos e discriminatórios que normas gerais podem produzir sobre minorias religiosas. Ela desprezou também que a cultura hegemônica na sociedade se reflete em leis e atos gerais, que podem discriminar, ainda que sem a intenção de fazê-lo, indivíduos que professam religiões minoritárias.

A Corte, portanto, legitimou uma discriminação indireta contra os reclamantes. Há a violação da primeira parte do conceito, na medida em que o tribunal negou a realização de uma isenção necessária e adequada para a eliminação da discriminação indireta que, no caso, seria a concessão dos benefícios trabalhistas aos requerentes. Eles foram discriminados pela legislação, que proibia a utilização do peiote inclusive em uma prática fundamental para o exercício da sua crença.

A negativa de acomodação nesse caso também violou o requisito do exercício e gozo, pelos membros de uma comunidade política, de iguais liberdades fundamentais, um pressuposto da igualdade substantiva. Se a medida é indiretamente discriminatória, como já demonstrado

acima, é porque a igualdade foi violada: uma norma geral está impondo uma restrição desproporcional ao exercício igual de um direito ou de uma liberdade fundamental.

Essa violação ocorreu de duas maneiras. Em primeiro lugar, porque a o Estado e a Corte atribuíram tratamento diferenciado à religião dos requerentes, na medida em que os cultos, os dogmas e as práticas eram distintas daquelas crenças professadas hegemonicamente na sociedade. Isso porque no Estado de Oregon vigeu a chamada “lei seca por opções locais” (*local option dry laws*): as normas estaduais davam aos condados (*county*) a opção de decidir se baniriam a venda e o consumo de álcool. Entretanto, a lei estadual retirava expressamente do âmbito de proibição das leis secas locais a venda de vinhos para igrejas oficiais para o consumo em sacramentos<sup>636</sup>. Além disso, Oregon também isentava jovens que ainda não tivessem atingido a maioria da proibição do consumo de vinho em rituais religiosos<sup>637</sup>. O Estado, portanto, não acomodou o uso do peiete nos rituais realizados pelos membros da NAC, mas expressamente adaptou o uso de outras drogas, como o álcool, em cerimônias cristãs<sup>638</sup>.

O tratamento discriminatório sinaliza uma falha no igual respeito e consideração entre as pessoas que professam essa religião minoritária<sup>639</sup> e precisavam da acomodação traduzida na possibilidade de utilização do peiete em seus rituais para exercer sua liberdade religiosa plenamente. Tanto o Estado de Oregon, quanto a Suprema Corte deixaram de atribuir igual respeito e consideração para outras crenças que não as hegemônicas ao se recusar a acomodar a demanda dos requerentes, concedendo-lhes os benefícios a que teriam direito, caso não fossem demitidos por justa causa. A liberdade religiosa exige a eliminação do tratamento discriminatório com a proteção tanto das confissões religiosas dominantes e tradicionais, como das experiências menos conhecidas, mais recentes ou não convencionais, conferindo, assim,

---

<sup>636</sup> Cf. Oregon Revised Statutes, § 471.510 (2003): “ORS 471.506 (Petição e eleição para opção local) não pode proibir a venda de álcool puro para propósitos científicos ou de fabricação, ou de vinhos para igrejas oficiais para propósitos sacramentais, nem podem proibir qualquer pessoa residente no condado ou na cidade de pedir ou receber em casa, para consumo próprio ou da sua família, bebida alcoólica adquirida da Comissão de Controle de Bebidas Alcoólicas de Oregon ou de pessoas devidamente licenciadas para vendê-las sob a vigência do *Liquor Control Act*.” Tradução livre do original: “ORS 471.506 (Petition and election for local option) shall not prohibit the sale of pure alcohol for scientific or manufacturing purposes, or of wines to church officials for sacramental purposes, nor shall it prevent any person residing in the county or city from ordering and having delivered to the home of the person, for the personal use of self and family, alcoholic liquors purchased from the Oregon Liquor Control Commission or from persons duly licensed to sell them under the Liquor Control Act”. Disponível em: <<https://www.oregonlaws.org/ors/471.510>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

<sup>637</sup> Cf. Oregon Revised Statutes, § 471.430. Disponível em: <<https://www.oregonlaws.org/ors/471.430>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

<sup>638</sup> Também apontando o efeito discriminatório com a denegação do uso do peiete no Smith e a possibilidade de utilização de álcool em sacramentos cristãos no Estado de Oregon, ver NUSSBAUM, Martha C. **Liberty of conscience...** Op. cit., p. 159.

<sup>639</sup> Nesse sentido, ver também EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. Op. cit., p. 92-93.



igual liberdade religiosa, na medida em que busca promover a paridade entre as confissões dominantes e as minoritárias, observando sempre o princípio da laicidade do Estado<sup>640</sup>.

Aos membros da NAC foram denegados o mesmo trato, respeito e consideração que aqueles que professam as religiões cristãs. Afinal, foram dados tratamentos diferentes para a utilização de drogas em um ritual religioso, que não colocava em risco a saúde de outras pessoas, mas somente afetava a saúde do próprio indivíduo, por sua expressa e livre manifestação da vontade. No caso das religiões católicas, o Estado isentou expressamente as instituições daquela religião da proibição do consumo de bebidas alcoólicas. Já em relação aos membros do NAC, não só o Estado de Oregon se negou a adaptar, discriminando os requerentes e demais praticantes da religião, mas também a Suprema Corte, que agiu de forma discriminatória, deixando de estender a isenção para uma situação análoga àquela já prevista em outra lei.

Daí surge, portanto, a segunda violação ao exercício e gozo de iguais direitos e liberdades fundamentais. Ela ocorre quando o Estado falha em promover igual respeito e consideração entre os cidadãos, ou seja, quando ele deixa de demonstrar a mesma preocupação com as necessidades fundamentais de seus cidadãos, desvalorizando os interesses e compromissos de alguns indivíduos com base em seus alicerces espirituais<sup>641</sup>. A acomodação religiosa é uma exigência para evitar esses tipos de falha. Ela deve garantir o igual tratamento dos cidadãos sem que haja hierarquia entre eles sob a lei de um mesmo país. Independentemente de professarem ou não uma religião, as pessoas não podem ser submetidas pela lei a tratamento vantajoso ou desvantajoso em razão de suas escolhas<sup>642</sup>. Como dito acima, no item 2, a maioria faz as leis adequadas a ela própria e aqueles que professam fés minoritárias acabam sofrendo limitações desiguais<sup>643</sup>.

As minorias religiosas têm negado o gozo de sua liberdade fundamental na mesma medida em que aqueles que professam religiões hegemônicas, como visto acima no caso do peiete. Para o exercício do direito fundamental à liberdade religiosa, portanto, os praticantes de algumas religiões necessitarão de acomodações razoáveis<sup>644</sup>. As doutrinas abrangentes razoáveis de ordem religiosa não só possuem seu espaço em uma sociedade plural<sup>645</sup>, como

---

<sup>640</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 190.

<sup>641</sup> EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. Op. cit., p. 89.

<sup>642</sup> NUSSBAUM, Martha C. Op. cit., p. 164.

<sup>643</sup> Ibidem.

<sup>644</sup> EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. Op. cit., p. 86-87.

<sup>645</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 56-70.

também exigem do Estado e dos particulares adaptações razoáveis, de modo que a liberdade religiosa não seja violada e que, ao mesmo tempo, ela seja igualmente garantida para todos os atores sociais em termos equitativos. Isso não viola o princípio da laicidade, porque ele exige que o Estado seja neutro em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade<sup>646</sup> e proíbe o favorecimento de um grupo de religiões ou de uma igreja específica, ou mesmo a religiosidade em detrimento da não-religiosidade<sup>647</sup>.

Sem embargo, ao mesmo tempo, ele exige que o Estado demonstre igual respeito e consideração por todas as convicções e crenças religiosas<sup>648</sup>. Desse modo, ao realizar acomodações para os membros de uma comunidade religiosa, o Estado não favorece uma religião ou a religiosidade, mas confere igual tratamento, respeito e consideração a todos os cidadãos, possibilitando que eles exerçam plenamente suas liberdades, sem que sejam discriminados<sup>649</sup>. A igual liberdade (religiosa, no caso) requer uma abordagem que robusteça o princípio da igualdade e que leve a sério a liberdade individual e a autonomia, o que permite concluir que o Estado de Oregon e a Suprema Corte americana, de forma ilegítima, deixaram de realizar uma adaptação razoável<sup>650</sup>. Eles hierarquizaram a NAC e seus membros, quando comparados às religiões hegemônicas.

A adaptação razoável seria, nesse caso, um mecanismo de promoção da autonomia existencial e de correção dos efeitos adversos decorrentes da discriminação indireta, traduzindo-se em verdadeira medida de antissubordinação<sup>651</sup>. A decisão viola, portanto, o conceito de adaptação razoável na parte em que prevê medidas, ajustes e isenções capazes de possibilitar o exercício e o gozo de iguais direitos e liberdades fundamentais (“[...] *medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas, a fim de assegurar que eles possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais [...]*”).

---

<sup>646</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 140.

<sup>647</sup> Cf. NUSSBAUM, Martha C. Op. cit., p. 225.

<sup>648</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 221.

<sup>649</sup> EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. Op. cit., p. 104.

<sup>650</sup> Ibidem, p. 86-100.

<sup>651</sup> Cf. FISS, Owen M. Groups and the Equal Protection Clause. Op. cit., p. 157-164; RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Op. cit., p. 36-41.

Por fim, o julgado também viola o direito à adaptação razoável, porque não leva em conta o valor intrínseco e pessoal da igual dignidade daqueles que professam fés minoritárias. No capítulo I, defendi que a igualdade possui um valor em si relacionado à dignidade e, mais especificamente, ao valor intrínseco kantiano de que todo homem é um fim em si mesmo. A ideia subjacente seria a de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e consideração<sup>652</sup>, sendo vedada, portanto, qualquer discriminação com base em uma condição pessoal. Associei a isso o valor subjetivo e instrumental do ser humano de Dworkin: cada pessoa tem valor em relação às demais e para ela própria, devendo ser protegida pelo Estado, por ser fundamentalmente importante proteger a vida das pessoas.

Assim, concluí que são vedadas as discriminações em função de sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião, capacidade, ou qualquer outra diferenciação ilegítima imposta pela sociedade, em virtude de traço imutável físico ou mesmo daqueles que estão sob o controle do indivíduo e que estão relacionados às suas escolhas morais<sup>653</sup>. Por meio da igualdade, deve-se levar a sério o valor de cada pessoa, buscando-se proscurever quaisquer formas de discriminação. Isso implica a eliminação de restrições moralmente arbitrárias, que diminuem ilegitimamente o valor do indivíduo. A diminuição do indivíduo perante si e frente aos demais viola a sua dignidade.

A decisão da Suprema Corte sobre o peiote, sob essa ótica, limita arbitrariamente a igual dignidade das pessoas que professam religiões não hegemônicas. Ela hierarquiza pessoas, de acordo com a opção religiosa, discriminando-as. O diferente é excluído (*outsider*) em função de suas escolhas morais, o que acaba por diminuí-lo como indivíduo em relação àqueles que professam religiões majoritárias. Ele deixa de gozar, pois, de igual respeito e consideração. A denegação de adaptação no caso peiote viola a igualdade do valor intrínseco da dignidade humana, que também compõe o conceito formulado no capítulo anterior (“*um direito fundamental a medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas, a fim de assegurar que eles [...] tenham protegidos seu valor intrínseco [...]*”).

Dessa forma, o caso exigia a acomodação razoável com a concessão aos requerentes dos benefícios trabalhistas devidos para os empregados, que não deveriam ter sido demitidos por justa causa. A adaptação tornaria a condenação pela utilização do peiote em cerimônia religiosa

<sup>652</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Op. cit., p. 327-399.

<sup>653</sup> Cf. POST, Robert C. Prejudicial appearances: the logic of American Antidiscrimination Law. Op. cit.

sem efeito para possibilitar a fruição do benefício pela despedida arbitrária. Demonstrado como uma decisão denegatória de adaptação razoável pode ser discriminatória, violando a igualdade, ao manter os efeitos adversos de norma ou comando geral e abstrato, passarei, no próximo item, a analisar um caso que demonstra como a adaptação razoável promove o reconhecimento intersubjetivo.

#### 4.4 A adaptação razoável e a promoção do reconhecimento

Na introdução deste trabalho, narrei a história de Charlyane de Souza<sup>654</sup>. A estudante de Direito é muçulmana e se apresentou para prestar o XVI Exame Unificado da OAB trajando o véu conhecido como *hijab*. Após uma hora e quinze minutos do início da prova, uma fiscal interrompeu-a e pediu que ela saísse da sala, sob o argumento de que o *hijab* escondia os seus cabelos e as suas orelhas. A fiscal perguntou diversas vezes se a candidata era muçulmana, insinuando que ela poderia estar fantasiada, questionou se poderia provar a sua fé, se ela estava ciente que o edital proibia acessórios de chapelaria, tais como chapéu, boné, gorro etc. e se ela poderia retirar o véu. Charlyane respondeu que estava ciente da proibição e que não poderia retirar o *hijab*, visto que só poderia removê-lo no seio da sua família ou na presença de outras mulheres, mas não em público.

Duas horas depois da primeira interrupção – em uma prova que possui o total de cinco horas –, a candidata fora novamente interrompida, mas agora pelo coordenador da Comissão do Exame da OAB. Ele a convidou a ir para outra sala. Chorando, Charlyane realizou a prova sozinha em outra sala, na presença de um fiscal. Ela relatou ao coordenador que estava se sentindo constrangida com a situação: “[a]s pessoas estão me olhando, isso está atrapalhando as pessoas que estão fazendo a prova”.

A estudante contou também que não teve tempo adicional para fazer a prova, por conta das interrupções. Ela não passou no Exame e, como está no último ano da faculdade de Direito, havia decidido fazer a prova naquele momento para se dedicar ao trabalho de conclusão de curso no fim do ano.

O caso relatado acima pode ser analisado sob diferentes óticas. A que buscarei demonstrar aqui está relacionada ao bloqueio de relações de reconhecimento intersubjetivo pela

---

<sup>654</sup> Cf. AFFONSO, Julia. Véu de estudante muçulmana vira discórdia em Exame da OAB. *Estadão*, 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veu-de-estudante-muculmana-vira-discordia-em-exame-da-oab/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

denegação de adaptação razoável. Na situação retratada acima, são claras a hierarquização e a subordinação a que fora submetida Charlyane. O gozo e o exercício de igual liberdade religiosa foram negados a ela, em decorrência da proibição do uso do véu. Por isso, proibi-la de realizar a prova com o *hijab*, classificando-o como item de chapelaria, é uma forma de discriminação indireta, na medida em que a norma produz impactos adversos em muçulmanas.

Entretanto, como delineado no capítulo II, o direito ao reconhecimento tem a pretensão não só de promover a igual identidade, mas também e, principalmente, possui o diferencial das relações intersubjetivas mútuas construídas dialogicamente em busca da soberania, da autodeterminação, da consideração do outro e da autorrealização<sup>655</sup>. A exigência de que a candidata retirasse o véu e a forma como foi tratada socialmente na realização do Exame contribuem para o bloqueio da formação de relações de reconhecimento intersubjetivo. Ela abala psicologicamente a imagem que a pessoa tem de si, afetando a sua autoconsciência, o que inviabiliza também sua autorrealização<sup>656</sup>. O caso utilizado acima facilita a visualização de como a denegação de acomodação afeta as relações de reconhecimento, porque demonstra o sofrimento psicológico experimentado pela candidata, em decorrência de uma discriminação com base em sua crença religiosa. É notório que a imagem que ela tem de si e o sentimento de autorrealização foram afetados pela negativa do ajuste pleiteado.

Além disso, também se pode notar um bloqueio nas relações de reconhecimento entre a candidata e a sociedade, relacionada, mais especificamente, à terceira esfera da estima social de Honneth. A preocupação de Charlyane com os demais presentes e com o fato de o ocorrido estar atrapalhando os candidatos que estavam fazendo a prova<sup>657</sup> demonstra uma preocupação com a estima social. Isso se revela na ótica da candidata, que não queria que lhe fossem dirigidos olhares de reprovação, especialmente em relação às suas práticas religiosas, que já comumente são alvo de discriminação na sociedade. Também está refletida sob a perspectiva dos demais presentes, que se veem afetados, ainda que indiretamente, pelo fato de que a inabilidade do Estado – no caso, apresentado pela comissão do Exame da OAB – de acomodar as necessidades,

<sup>655</sup> HONNETH, Axel. Review article: a society without humiliation? Op. cit., p. 306-324.

<sup>656</sup> Cf. AFFONSO, Julia. Op. cit.: “(A fiscal) perguntou a origem do meu nome, eu falei ‘Brasil’. Ela perguntou duas vezes se eu era muçulmana, eu falei ‘sou’. Perguntou se eu tinha registro que eu era muçulmana. Eu falei que não existia isso. Ela disse: Você há de convir que qualquer um podia se fantasiar e fingir que é muçulmano [...] Ele me convidou para ir a outra sala. Eu já fui chorando. [...] As pessoas estão me olhando, isso está atrapalhando as pessoas que estão fazendo a prova [...] Não conseguia nem segurar a caneta. Não estava mais conseguindo me concentrar. Fiquei sem ação, não consegui dormir de tanto que eu estava abalada com tudo o que aconteceu”.

<sup>657</sup> *Ibidem*: “As pessoas estão me olhando, isso está atrapalhando as pessoas que estão fazendo a prova”.

os costumes e as práticas religiosas dos candidatos gera ou agrava problemas para todos os demais candidatos.

Portanto, o imbróglio ocorrido com Charlyane na realização do Exame de Ordem, em razão da negativa de adaptação razoável, tem sérias repercussões no direito ao reconhecimento, já que, ao violá-lo, a dignidade do indivíduo é afetada. São criadas barreiras, que interrompem a formação das relações intersubjetivas, contribuindo para a perda da estima social e para a afetação da autoconsciência e da autorrealização.

Como descrito no capítulo II, o reconhecimento também encontra uma manifestação coletiva. Há um espaço privado da comunidade, em que não são permitidas interferências externas (proteções externas), observando-se sempre os perigos aos direitos das minorias dentro das minorias (restrições internas)<sup>658</sup>. As comunidades religiosas gozam, portanto, do direito de autodeterminação e de auto-organização<sup>659</sup>, sendo dever do Estado acomodar o exercício da religião no contexto dos princípios básicos de uma ordem constitucional de reciprocidade, baseada em um sistema justo de cooperação de cidadãos livres e iguais<sup>660</sup>, observando-se sempre o princípio da laicidade do Estado.

O direito de auto-organização decorre da conjugação da liberdade religiosa com a liberdade de associação. Ela confere aos grupos religiosos uma posição jurídica de liberdade na realização de suas finalidades, devendo o Estado se manter neutro, abstendo-se de interferir na comunidade, bem como impedir que terceiros o façam<sup>661</sup>. Ao Estado é vedado exigir forma específica e a ele cabe garantir a autonomia religiosa, individual e coletiva, e a liberdade interna em um contexto de igualdade e neutralidade confessional estatal<sup>662</sup>.

O direito de autodeterminação garante às comunidades religiosas uma ampla autonomia materialmente circunscrita às suas próprias questões, que delimita um círculo vital em que se reconhece um complexo de direitos de natureza negativa. O princípio da laicidade reconhece a diversidade de fins das convicções religiosas e do Estado, garantindo um direito geral de autodeterminação, que se decompõe em direitos de autocompreensão, de autodefinição, de

---

<sup>658</sup> Cf. KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship...** Op. cit., p. 35-44.

<sup>659</sup> Nesse sentido, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 241-248. No Brasil, ver o artigo 44 do Código Civil, alterado pela Lei nº 10.825/2003: "São pessoas jurídicas de direito privado: (...) IV - as organizações religiosas. (...) § 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento".

<sup>660</sup> Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 56-70. Nesse sentido também MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 241.

<sup>661</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 242.

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 243.

auto-organização, de autoadministração, de autojurisdição e de autodissolução<sup>663</sup>. Todas as confissões religiosas, ainda quando pouco ou nada institucionalizadas, merecem o igual respeito pelo Estado pelas decisões dos órgãos confessionais competentes, de acordo com as normas internas que os vinculem<sup>664</sup>.

Tais medidas de âmbito coletivo fortalecem os laços na comunidade religiosa, aproximando pessoas com interesses e com projeto de mundos próximos e inter-relacionados. Esse reforço dos elos entre os membros que compõe aquela comunidade é capaz de promover e reforçar relações de reconhecimento intersubjetivo entre os participantes do grupo. Assim, esses indivíduos têm sua autoestima elevada, com a formação de autoconsciência e a promoção de autorrealização, essenciais para que eles se sintam incluídos e pertencentes não só àquela comunidade, mas à sociedade como um todo, na medida em que sua fé religiosa é objeto de igual consideração quando comparada com o restante dos membros do corpo social.

Para ilustrar o que fora dito acima, relembre-se o já mencionado caso julgado pelo TST<sup>665</sup>. O tribunal, ao solucionar a dúvida sobre a existência de subordinação entre o clérigo ou o pastor e a instituição religiosa, o que resultaria no pagamento de salário, reconheceu que o vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena. Portanto, a subordinação eclesiástica não poderia ser equiparada à empregatícia, sendo a retribuição paga ao pastor relacionada exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso. Na visão do TST, prevalece a liberdade de organização religiosa, não devendo o Estado intervir, em geral, na demissão ou seleção de clérigos.

O STF<sup>666</sup> possui também um julgamento histórico, em que, na década de 1950, garantiu a não intervenção do poder público, seja pelos tribunais, seja pelos órgãos administrativos, na disciplina das associações religiosas. Naquela ocasião o tribunal assentou que “[a] autoridade temporal não pode decidir questão espiritual, surgida entre a autoridade eclesiástica e uma associação religiosa”. Dessa forma, essa impossibilidade “resulta da completa liberdade

---

<sup>663</sup> Ibidem, p. 245-247.

<sup>664</sup> Ibidem. Assim, como bem aponta o autor, o direito de autodeterminação engloba a definição e a interpretação dos princípios doutrinários, o exercício das funções de culto, a fixação de pressupostos de admissibilidade de membros, a estrutura orgânica e funcional interna, a adoção de um modelo constitucional de tipo hierárquico, congregacional entre outros elementos.

<sup>665</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 74040-42.2005.5.05.0024. Sétima Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Julg. 27 ago. 2008. Publicado em 05 set. 2008.

<sup>666</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 31179/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Hahnemann Guimarães. Julg. 08 abr. 1958. **DJ** 26 jun. 1958.

espiritual, princípio de política republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o Estado, por memorável influência positivista [...]”.

Tais julgados garantem um dos pressupostos do reconhecimento, ao permitir que a comunidade religiosa tenha autonomia na direção da própria crença, em igualdade de condições e de liberdade com as demais, permitindo o estreitamento dos laços comunitários.

#### 4.5 A adaptação, o razoável, os ônus e a ponderação

No capítulo III, na busca por uma conceituação final do que seria adaptação razoável, analisei, além dos fundamentos legais e do bloco de constitucionalidade, a definição do que seria razoável, a segunda palavra que forma a expressão do direito fundamental até aqui estudado. Em relação ao seu conceito jurídico, defini que a razoabilidade é composta pelas seguintes ideias: (i) razoabilidade como congruência; (ii) razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade; (iii) esses três elementos da razoabilidade se ligam aos subprincípios da adequação e da necessidade; (iv) o diálogo também compõe uma exigência de razoabilidade; e (v) a razoabilidade deve levar em consideração o benefício social, como a implementação de valores constitucionais, da inclusão e do combate à discriminação, em relação ao custo-benefício econômico. O benefício social, portanto, goza de uma prevalência *prima facie*, com um peso relativo superior aos gastos gerados com a medida.

Para testar os parâmetros delineados acima, utilizarei o caso *Bhinder*<sup>667</sup>. A *Canadian National Railway Company* (CN) criou uma regra trabalhista que previa que todos os empregadores usassem um capacete de proteção em um local de trabalho específico. Bhinder, um empregado *sikh*, se recusou a utilizá-lo, tendo em vista que sua religião não permite a utilização de outra vestimenta na cabeça, que não o turbante. O Sr. Bhinder fora demitido, já que a companhia se recusou a realizar as exceções àquela regra e ele se negara a aceitar outros trabalhos que não requeressem um capacete de proteção.

O Tribunal de Direitos Humanos do Canadá (*Canadian Human Rights Tribunal*) entendeu que a CN incorrera em prática discriminatória. Assim, ordenou a reintegração e a compensação pela perda do salário. A Corte Federal de Apelação (*Federal Court of Appeal*), ao contrário, entendeu que não se tratava de prática discriminatória, porque a exigência de capacete de proteção era um equipamento de proteção ocupacional de boa-fé.

---

<sup>667</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Bhinder v. CN*, [1985] 2 S.C.R. 561.



A Suprema Corte do Canadá decidiu que o Sr. Bhinder não fazia jus ao direito de acomodação razoável. Ela justificou que uma exigência ocupacional de boa-fé estabelecida pelo empregador torna difícil a aplicação do artigo 14 (a) do *Canadian Human Rights Act* (CHRA), que considera como prática discriminatória a prestação de bens, serviços, estabelecimentos ou acomodações costumeiramente disponíveis ao público geral<sup>668</sup>. A Corte considerou que o capacete seria requisito para o exercício da atividade laboral, aplicando-se a um grupo de empregados em decorrência da exigência geral das regras de segurança do empregado. Ela não seria, portanto, uma norma de aplicação individual. A exigência para o exercício da atividade laboral não perderia, segundo a Corte, a sua característica de requisito ocupacional de boa-fé, porque ela poderia ser discriminatória. Ao contrário, se uma condição do trabalho é estabelecida como um requisito ocupacional de boa-fé, a consequente discriminação, se existisse, seria permitida, não sendo considerada discriminatória à luz o mencionado artigo 14 (a).

A Corte fez referência, ainda, ao caso *O'Malley*<sup>669</sup>, que tratou paradigmaticamente do dever de acomodação razoável no Canadá, diante da ocorrência de discriminação indireta. Diferenciando os casos, ela lembrou que a Sra. O'Malley recebeu a proteção contra a discriminação religiosa, porque não havia uma condição ocupacional de boa-fé para a empregada naquela situação. Surgiria, portanto, um dever de acomodação em casos como o de O'Malley, porque, além do efeito adverso da discriminação indireta com base na religião, não existiria uma condição ocupacional de boa-fé. O dever de acomodação seria um dever imposto ao empregador no sentido de adotar medidas razoáveis, aquém do ônus excessivo (*undue hardship*) para acomodar as práticas religiosas do empregado, quando ele sofrer discriminação de uma regra ou condição de trabalho. As exigências de boa-fé impediriam a acomodação, porque afastariam a prática de discriminação.

Destaque-se que a Corte fez diversas remissões ao caso *Etobicoke*<sup>670</sup> para analisar o alcance da limitação baseada na qualificação ou condição ocupacional de boa-fé. Ela lembrou que esse requisito pode ser imposto honestamente, de boa-fé e na crença sincera de que a

---

<sup>668</sup> CANADÁ. Canadian Human Rights Act, 1985:

“Harassment

14 (1) It is a discriminatory practice,

(a) in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public,

(b) in the provision of commercial premises or residential accommodation, or

(c) in matters related to employment,

to harass an individual on a prohibited ground of discrimination.”

<sup>669</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536.

<sup>670</sup> CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

limitação seja imposta no interesse de atingir uma performance adequada do objetivo do trabalho com razoável eficácia, segurança e economia, e não por razões exteriores ou ulteriores. Além disso, o atingimento desse objetivo não deveria também colocar em perigo o próprio empregado ou os demais, bem como o público em geral.

Da análise deste caso, percebe-se que a denegação de adaptação razoável fora equivocada<sup>671</sup>. O fato de uma regra geral do empregador ser criada, de boa-fé, para proteger os empregados não afasta a discriminação indireta, como sustenta a Corte. Como delineado no Capítulo I, há uma norma geral e abstrata que produz efeitos adversos sobre a minoria religiosa *sikh*, ao proibir que eles exerçam uma prática central de sua crença: a utilização do turbante. Como defendi na ocasião, na discriminação indireta, pouco importa a intenção do agente de realizar o *discrimen*.

Por isso, a argumentação da Corte no sentido da inexistência de discriminação indireta não se sustenta. Sem embargo, este tópico busca analisar a aplicação da razoabilidade. A razoabilidade como congruência exige uma relação coerente e lógica entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Excepcionar a utilização do capacete para que o demandante usasse seu turbante no trabalho certamente seria uma harmonização entre o critério distintivo (exercício da liberdade religiosa) e a medida adotada (isenção do uso do capacete).

Defini que razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade exige um duplo juízo: (i) deve-se estabelecer qual o fim perseguido pela norma; e (ii) deve-se encontrar uma relação de funcionalidade ou de instrumentalidade entre o critério escolhido e o fim buscado. A promoção da adaptação razoável no caso *Bhinder* seria uma medida eficiente, não discriminatória e apta a obter o fim desejado pelo demandante: a neutralização dos efeitos adversos decorrentes da denegação de sua prática religiosa.

O diálogo, no caso mencionado, deveria ter sido utilizado para alcançar uma consensualidade quanto à coexistência da prática religiosa, sem a dispensa do empregado. Não existindo acordo, ele seria exercido da seguinte forma: o empregador deve alertar o empregado dos riscos que a não utilização do capacete poderia acarretar para a sua saúde e, até mesmo, para a sua vida. Além disso, ele teria o dever de fornecer o EPI, ainda que o empregado se recusasse a utilizá-lo. Por outro lado, o empregado deveria receber o EPI e informar ao

---

<sup>671</sup> Em sentido contrário, Martel defende que tal medida não contraria o fim pretendido pela norma que institui o EPI, ou seja, a proteção do trabalhador. Ver MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável... Op. cit., p. 107-112.

empregador as razões pelas quais não o utilizaria, mesmo sabendo dos riscos que isso implicaria para a sua saúde e para a sua vida.

Por fim, a consideração do benefício social da medida se aplicaria no sentido da expansão da implementação dos valores constitucionais e do enfrentamento da discriminação. A religião, no caso do Sr. Bhinder, é um valor fundante de sua existência, sendo, para ele, mais importante que a sua própria vida. O gozo de iguais liberdades fundamentais – na presente discussão, a religiosa – é uma escolha moral das mais importantes. Se o indivíduo, alertado dos riscos, ainda assim, escolhe não utilizar um capacete em nome de uma prática religiosa e tal conduta não implica dano ou perigo para terceiros, não há qualquer motivo para que o Estado ou os particulares o impeçam de fazê-lo. Nesse caso, o valor que se dá para a autonomia do indivíduo e para o exercício de suas escolhas morais supera eventual risco econômico<sup>672</sup>, contrariando os parâmetros do precedente *Etobicoke*.

Não há também ônus indevido a impedir a adaptação. Permitir que os *sikh* deixem de utilizar capacete não traria nenhum ônus indevido ao empregador. Ao cumprir com seus deveres de informação e de fornecimento do EPI, havendo a ciência e a anuência do empregado, o empregador não poderá ser responsabilizado por qualquer evento danoso que poderia ser evitado pela utilização de EPI. Dessa forma, evita-se eventual prejuízo ao empregador, que poderia vir a deixar de contratar empregados que professassem a religião *sikh*, e, ao mesmo tempo, garante-se a autonomia moral do indivíduo, permitindo que exerça suas próprias escolhas com igual liberdade.

A prevalência dessa liberdade também leva a sério a posição preferencial das liberdades fundamentais e da igualdade na Constituição. Como afirmei no Capítulo III, o direito à adaptação razoável, por ser um direito meio para o exercício de iguais liberdades e direitos fundamentais, possui uma prevalência *prima facie* ou hierarquia móvel em relação aos demais direitos e metas constitucionais não diretamente vinculados a esses valores. Há, portanto, um reforço argumentativo pela sua prevalência no caso concreto, de modo que o interprete deverá desenvolver um árduo trabalho de argumentação para afastá-la, o que não implica dizer que ela não possa ceder eventualmente em determinadas situações, mas sim que o peso argumentativo para afastá-la na solução do caso concreto é maior.

---

<sup>672</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. Cost-benefit analysis without analyzing costs of benefits... Op. cit., p. 8-9; SUNSTEIN, Cass R. Incommensurability and valuation in Law. *Michigan Law Review*, v. 92, p. 799-801, 1994; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Op. cit., p. 268.

A disputa sobre a possibilidade ou não da utilização do capacete em áreas de risco no trabalho pelos *sikhs* é uma decisão a ser tomada pelo indivíduo, por envolver as questões morais mais íntimas do ser humano: escolher entre a prática religiosa e o risco à sua saúde e à sua vida. É o indivíduo quem deve fazer essa ponderação, e não terceiros, na medida em que são os únicos que possuem algo a perder, nas condições até aqui estabelecidas. Uma proteção reforçada (prevalência *prima facie*) da adaptação razoável, portanto, deve possibilitar ao indivíduo que realize essas escolhas, razão pela qual a Corte, equivocadamente, deixou de realizar uma adaptação razoável legítima.

Demonstrado como a adaptação razoável se aplica ao caso *Bhinder*, especialmente no tocante aos diferentes significados do razoável, do ônus indevido e da preferência *prima facie* na ponderação, cumpre agora analisar a conceito filosófico de razoabilidade, que não fora explorado acima. Para esse estudo, utilizarei como parâmetro o caso *Yoder*<sup>673</sup>, julgado pela Suprema Corte estadunidense, já que o precedente anterior não geraria maiores conflitos ao considerar a religião *sikh* como razoável, especialmente no tocante à utilização de turbante.

Três estudantes de três diferentes famílias deixaram de frequentar a escola *New Glarus High School*, no Estado de Wisconsin, ao fim da oitava série em decorrência da religião dos respectivos pais. As três famílias eram representadas por Jonas Yoder, um dos pais envolvidos no caso, quando a questão foi enviada para julgamento. Para os padrões da religião *Amish*, a educação superior não seria necessária, em virtude do estilo de vida simples que os membros da comunidade levam, mas também colocaria em risco a salvação dos filhos. A Suprema Corte teria que analisar a possibilidade de conceder uma isenção da educação compulsória aos filhos, com base na convicção religiosa. Os *Amish* acreditam sinceramente que os valores que seus filhos aprendem em casa superam o aprendizado mundano ensinado na escola.

A Suprema Corte decidiu em favor de Yoder. Ela defendeu que o Estado não pode obrigar os indivíduos a frequentar a escola, quando essa obrigação infringe os direitos previstos na Primeira Emenda. O Estado de Wisconsin teria interferido arbitrariamente em uma prática de uma crença religiosa legítima.

Além disso, segundo ela, nem todas as crenças ensejam uma demanda à luz da cláusula religiosa da Primeira Emenda. As necessidades devem ser baseadas em evidências de verdadeira e objetiva prática religiosa, em vez de um padrão criado pelo indivíduo para essas questões. O estilo de vida *Amish* é uma das mais profundas convicções religiosas extraídas da

---

<sup>673</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

bíblia. Ele impõe a rejeição de bens mundanos e pregam uma vida simples. Nesse sentido, a educação secundária compulsória estaria em franco conflito com o seu estilo de vida.

A Corte também não concordou com a alegação do Estado de Wisconsin de que a educação moderna para além da oitava série seria necessária para preparar os cidadãos para participar efetiva e produtivamente no sistema político estadunidense. Ela defendeu que o Estado não teria apresentado qualquer evidência dos benefícios de se ter dois anos extras em escolas públicas. Além disso, ela afirmou que a comunidade *Amish* é uma unidade social muito bem-sucedida na sociedade norte-americana e autossuficiente, que pagava tributos e recusava qualquer política de bem-estar social. Após deixarem a escola pública, as crianças *Amish* continuariam sendo educadas na forma do treinamento vocacional.

O julgado acima não está de acordo com o conceito de razoabilidade. Ele retira das crianças a possibilidade de escolher, efetivamente, entre a continuação da sua vida na comunidade *Amish* ou o exercício do seu direito de saída, com a integração na sociedade envolvente. A decisão estende a liberdade religiosa dos pais sobre os filhos, privando-os da possibilidade do exercício de iguais liberdades e direitos fundamentais, na medida em que um plano de vida lhes é imposto por seus pais. Além disso, ela retira o valor intrínseco da criança ao torná-la um instrumento para a satisfação da liberdade religiosa dos pais. Uma doutrina religiosa que impõe um estilo de vida às crianças, impedindo o exercício do direito de saída, se assim desejarem, não pode ser considerada razoável, pois denega ao indivíduo o exercício de escolhas morais. E, para que essas escolhas ocorram, é necessário que o Estado forneça aos filhos os instrumentos necessários para a vivência em uma comunidade política, o que, na maioria das vezes, ocorrerá por meio da escola<sup>674</sup>.

Portanto, a religião *Amish*, na parte em que permite aos pais suprimirem as escolhas morais dos filhos em nome da liberdade religiosa, transformando-os em meios para as suas realizações pessoais e suprimindo o direito de saída, é uma doutrina abrangente desarrazoada. Dessa forma, o julgado da Suprema Corte veiculou uma acomodação não razoável, no sentido que atribuí como sendo o filosófico da razoabilidade de possibilidade de convivência de doutrinas abrangentes razoáveis na sociedade. Afinal, em uma democracia constitucional, as

---

<sup>674</sup> Como bem afirmou Cláudia Türner, “Trata-se de uma pretensão [retirar as crianças das escolas a partir dos 14 anos] que busca transpor os fundamentos liberais de autonomia para uma relação de sujeição parental, ignorando o fato de que do outro lado da história existem seres humanos dotados do mesmo direito de autonomia”. Cf. DUARTE, Cláudia Türner Pereira. **O sistema familiar na teoria política: repensando o lugar da criança na teoria da justiça**. 2016. 322f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 291. Veja-se também a crítica de Susan Okin à opressão das mulheres pelo multiculturalismo: OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? Op. cit.

instituições políticas que satisfazem os princípios de uma concepção liberal de justiça realizam valores e ideais políticos que, em geral, prevalecem sobre quaisquer outros valores que se lhes oponham<sup>675</sup>. A prioridade do justo significa que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas e parcialmente abrangentes e que os princípios de justiça estabelecem limites às formas de vida<sup>676</sup>.

#### 4.6 Os sujeitos passivos da adaptação razoável

No item 5 do Capítulo III, tratei das pessoas que possuem o dever de adaptar. Naquela ocasião, demonstrei que a acomodação razoável, por ser um direito fundamental, exigiria do Estado a sua efetivação. A sua implementação deveria ocorrer na sua relação com os cidadãos em geral (nos prédios, nos atendimentos ao público, na estrutura administrativa), por meio da elaboração de leis, em relações especiais de sujeição, ao obrigar os particulares a realizar acomodações.

Por outro lado, demonstrei também que os particulares se encontram vinculados à concretização de direitos fundamentais, especialmente quando se trata daqueles com uma conexão intrínseca com valores morais constitucionalmente tutelados, como liberdades fundamentais, igualdade, dignidade e reconhecimento, ou seja, valores que são perseguidos e promovidos quando da realização de medidas adaptativas. Neste item, estudarei alguns casos em busca de uma ilustração da aplicação desses parâmetros quando entes públicos e privados possuem o dever de acomodar.

Os particulares têm certamente o direito de ver suas demandas por acomodação razoável efetivada quando se encontram em bens ou em repartições públicas ou sejam beneficiárias de prestações estatais<sup>677</sup>. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4)<sup>678</sup>, recentemente, ao analisar o direito de uma freira utilizar sua vestimenta religiosa em fotografia destinada a confeccionar carteira de habilitação, decidiu que o conflito entre os direitos constitucionais que garantem a liberdade religiosa e a segurança deveria ser solucionado com

---

<sup>675</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Op. cit., p. 246.

<sup>676</sup> Ibidem, p. 247.

<sup>677</sup> Sobre a permissão da utilização de símbolos religiosos nesses casos, cf. PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada...** Op. cit., p. 408.

<sup>678</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AG 5015446-23.2011.404.0000/PR. Terceira Turma. Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julg. 25 jan. 2012. **DE** 26 jan. 2012.

fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, autorizando o uso de hábito na fotografia, desde que a face da religiosa estivesse plenamente visível.

O tribunal considerou que a restrição imposta pelo artigo 11 e Anexo IV da Resolução nº 192/2006 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) e pela Portaria nº 335/2008 do Departamento de Trânsito do Estado do Paraná (DETRAN/PR) violava a liberdade religiosa da requerente, de forma desproporcional, já que a medida, ao não prejudicar seriamente a identificação do condutor, não seria adequada, nem necessária. A proibição da foto com o véu resultaria em discriminação por motivo de crença religiosa (artigo 5º, VIII, CF), na medida em que impede o exercício de hábitos e a utilização de vestimentas com fundamentos religiosos.

As convicções religiosas encerram, frequentemente, a assunção íntima e vital de um compromisso existencial ético, com significativas repercussões comportamentais nos planos político, social, cultural, econômico etc.<sup>679</sup>. Como corolário, a liberdade religiosa protege a conduta religiosa, a liberdade de atuação e a autoconformação de acordo com as próprias convicções<sup>680</sup>. Dessa forma, sendo proporcional a coexistência entre a liberdade religiosa e a medida estatal, o sujeito indiretamente discriminado faz jus à adaptação razoável. Nesse caso, portanto, sendo possível identificar a pessoa na Carteira Nacional de Habilitação (CNH), ainda que vista algum véu, turbante ou outra indumentária religiosa, configura discriminação por motivo de crença e, por conseguinte, uma violação à liberdade religiosa a proibição da utilização de fotos em documentos públicos de pessoas com vestimentas religiosas.

Caso semelhante ocorreu também em Brasília. Rihab Awad Odeh Sad ajuizou ação de obrigação de fazer em face do DETRAN do Distrito Federal (DETRAN/DF)<sup>681</sup>. A autora narrou que é muçulmana praticante e que sua religião determina que as mulheres não mostrem totalmente a cabeça, sendo obrigatório o uso do *hijab*. Ela explicou que vinha sendo impedida de renovar sua CNH, com a apresentação de fotografia em que aparece com lenço característico de sua religião, tendo em vista vedação decorrente da já referida Resolução nº 196/2006 do CONTRAN. Com base no artigo 5º, incisos VI e VIII, o juízo entendeu que, além de a autora possuir diversos documentos com fotos suas trajando o *hijab*, se a convicção religiosa da autora impõe o uso do véu a todo momento em que estiver exposta ao público externo, o *hijab* acaba por integrar os atributos e características próprios da sua personalidade. Exigir que a autora utilizasse uma foto na CNH sem o *hijab* violaria sua liberdade religiosa. Por fim, a decisão, tal

---

<sup>679</sup> Cf. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Op. cit., p. 223.

<sup>680</sup> Ibidem.

<sup>681</sup> BRASIL. Segundo Juizado Especial da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DFT). Processo nº 0734454-86.2016.8.07.0016. Juíza Jeanne Nascimento Cunha Guedes. Julg. 27 jun. 2017.

qual no julgamento do TRF 4, não vislumbrou prejuízo à segurança do Estado, visto que a foto a ser estampada pela autora em sua CNH apresentaria toda a parte frontal de sua face, como já acontecia com os documentos de identidade, passaporte e carteira de trabalho, não havendo, pois, dificuldade em sua identificação. A improcedência do pedido levaria à supressão desproporcional da liberdade religiosa da autora, impedindo-a de conformar suas condutas às práticas impostas pela sua crença.

No Paraná, a Procuradoria Geral do Estado (PGE/PR) emitiu parecer<sup>682</sup> para que a Administração Pública estadual garanta às pessoas que professam determinadas crenças o direito de utilizarem suas vestes religiosas (véus, hábitos, etc.) nas fotografias destinadas à confecção da carteira de identidade. Assim, segundo o parecer, os artigos 2º, 4º e 5º da Ordem de Serviço nº 15/2009 violariam a liberdade religiosa e o princípio da legalidade, se a sua interpretação impedir o exercício do direito dos cidadãos de trajarem véus e manterem hábitos religiosos nas fotografias utilizadas para confeccionar a carteira de identidade. O parecer ressaltou, ainda, que deveriam estar perfeitamente visíveis a parte frontal da cabeça (face), a testa, o queixo e o contorno dos ombros, harmonizando, assim, tanto o direito à liberdade religiosa, como o direito/dever de segurança pública.

Portanto, dos casos apresentados acima, é possível verificar que o poder público tem o dever de promover as adaptações razoável em sua relação com o cidadão, observando o princípio da proporcionalidade<sup>683</sup>. Nos casos de utilização de vestimentas religiosas demonstrados acima, o poder público deveria, em nome da liberdade religiosa, permitir que os indivíduos manifestassem condutas compatíveis com as práticas da sua crença, desde que a finalidade da carteira de identificação não ficasse comprometida (ponderação proporcional entre a liberdade religiosa e a segurança pública).

O poder público possui um dever reforçado de adaptar razoavelmente as demandas religiosas dos titulares desse direito, na medida em que possui uma vinculação maior que os particulares aos direitos fundamentais, sendo o grande agente na promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais. Decisões que impeçam a realização das adaptações necessárias para o exercício da liberdade religiosa, na qual o poder público é o sujeito passivo da obrigação, devem ser submetidas a um escrutínio estrito da constitucionalidade da restrição.

---

<sup>682</sup> MACIEL, Marcelo Cesar. Liberdade religiosa. Uso de véu/hábito religioso em fotografias destinadas à confecção da carteira de identidade. Possibilidade, desde que a face fique completamente visível. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 291-300, 2014.

<sup>683</sup> Vale lembrar que o STF reconheceu, recentemente, a repercussão geral da questão veiculada por meio do Recurso Extraordinário nº 859.376/PR. Plenário. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julg. 29 jun. 2017.



A adaptação também pode ser imposta aos órgãos públicos e aos particulares por meio de lei. É o que aconteceria, por exemplo, se a legislação que trata dos documentos de identificação previsse a possibilidade de os indivíduos utilizarem fotos com vestimentas de acordo com a sua convicção religiosa. É o caso também do *Canadian Human Rights Act* (CHRA), que, no propósito de proibir a discriminação, prevê que deverão ser realizadas acomodações para as necessidades dos indivíduos<sup>684</sup>. Ocorreu também no Brasil, em relação às entidades religiosas, no já citado artigo 44 do Código Civil<sup>685</sup>.

O Estado também possui o dever de adaptar nas situações em que há pessoas em relações especiais de sujeição. São permitidos aos funcionários públicos a utilização de símbolos religiosos nas roupas, no corpo, ou mesmo nos gabinetes pessoais<sup>686</sup>. Como afirmado no Capítulo III, nas sociedades capitalistas, o ser humano dedica grande parte de sua vida ao trabalho. Ele não pode deixar do lado de fora de seu trabalho quem realmente é. A liberdade religiosa protege as manifestações pessoais de práticas, de cultos, de hábitos e de condutas relacionadas às crenças dos indivíduos, o que ocorre tanto no âmbito privado, quanto no ingresso no serviço público.

Dessa forma, os funcionários do Estado não perdem sua liberdade religiosa ao ingressar no serviço público, sendo inclusive positivo que as instituições reflitam, na imagem e no conteúdo, o pluralismo existente na sociedade<sup>687</sup>. O princípio da laicidade não se estende à pessoa dos servidores públicos<sup>688</sup>, sendo apenas vedado que os funcionários do Estado embasem suas decisões em convicções religiosas. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho da decisão proferida pelo juiz Marcelo Bretas para decidir sobre prisões preventivas, prisões temporárias, conduções coercitivas, bloqueios de ativos e bens e buscas e apreensões de diversos réus no âmbito da “Operação Calicute”:

Outro aspecto a ser valorizado é o efeito educativo que o rigor judicial certamente há de exercer sobre os milhares de administradores públicos de nosso país, pois não há

<sup>684</sup> Confiram-se os artigos 2º, 5º e 6º do CHRA. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/page-1.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>685</sup> Ver a nota de rodapé nº 659.

<sup>686</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. Op. cit., p. 11-12; PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada...** Op. cit., p. 407.

<sup>687</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 407.

<sup>688</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 427-428: “[...] a existência de uma relação especial de sujeição, por si só, não é suficiente para fundamentar restrições a direitos fundamentais, configurando-se apenas como um dos critérios a serem levados em conta na análise da legitimidade constitucional destas, e não como uma regra autônoma de solução de conflitos internormativos. As relações de sujeição especial só podem justificar restrições a direitos nas hipóteses em que buscam promover bem ou valor constitucionalmente legítimo a elas relacionado”.

maior incentivo à criminalidade do que o sentimento generalizado de impunidade por parte de quem se acha acima do próprio Estado de Direito. São atuais, portanto, os preceitos bíblicos consagrados no Livro de Eclesiastes (capítulo 8, versículo 11), que pontua: ‘Por que será que as pessoas cometem crimes com tanta facilidade? É porque os criminosos não são castigados logo;’ (Bíblia Sagrada – Nova Tradução na Linguagem de Hoje)<sup>689</sup>.

Como se observa da decisão proferida acima, o juiz utiliza argumentos religiosos para fundamentar uma posição mais punitivista em matéria penal. São impostas limitações nas garantias fundamentais dos réus em troca de uma extensão do poder punitivo com base nos ensinamentos bíblicos, o que claramente afronta a laicidade do Estado. O argumento não possui qualquer base jurídica, mas se ampara nas convicções religiosas do julgador.

Dessa forma, a liberdade religiosa dos funcionários públicos encontra-se protegida nos gabinetes pessoais e áreas privativas das repartições, que constituem espaços mais protegidos pela privacidade, ainda que sob a administração estatal, sendo permitida, assim, a utilização de símbolos religiosos pelos agentes públicos<sup>690</sup>. A proteção se estende também aos casos em que o servidor utiliza vestimenta e símbolo no próprio corpo, como ocorreu no Reino Unido, em que fora nomeado o primeiro juiz *sikh* da *High Court* e que, seguindo os costumes da sua crença, exerce suas funções utilizando um turbante na cabeça<sup>691</sup>. Relembre-se que, em relação a esse ponto, demonstrei como padrões e códigos de condutas, de vestimentas e de apresentação podem escamotear a imposição de padrões hegemônicos, gerando efeitos discriminatórios adversos sobre minorias, especialmente minorias religiosas, como os *sikhs*, os muçulmanos e os rastafáris.

Ainda sobre a adaptação razoável no serviço público, deve-se rememorar o interessante caso julgado pela Corte Constitucional da Colômbia<sup>692</sup>, que garantiu a um preso, que havia se convertido há 9 anos ao islamismo, a possibilidade de exercer sua liberdade religiosa e de culto nos estabelecimentos prisionais. Apesar de estar em uma relação especial de sujeição, a Constituição protegeria tanto a possibilidade de professar, de maneira privada e silenciosa, o

<sup>689</sup> BRASIL. Sétima Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Processos nºs. 0509565-97.2016.4.02.5101, 0509566-82.2016.4.02.5101 e 0509567-67.2016.4.02.5101. Primeira instância. Juiz federal Marcelo Bretas. Julg. 09 nov. 2016. Disponível em: <<https://conteudo.imguol.com.br/blogs/52/files/2016/11/17nov2016-decisao-calicute-pl.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>690</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 408.

<sup>691</sup> DYER, Claire. High Court judge will be first to wear turban. **The Guardian**, 24 mar. 2003. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk/2003/mar/24/race.world>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

<sup>692</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *Sentencia* nº T-077/15, Relator Jorge Iván Palacio Palacio. Julg. 22 fev. 2015. Caso similar envolvendo também um preso, que se encontra em relações especiais de sujeição, foi julgado pelo Tribunal de Justiça de União Europeia. Relembre-se também o seguinte julgado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE UNIÃO EUROPEIA. *Jakóbski v. Poland*, nº 18429/06, 07 dez. 2010.

credo de preferência da pessoa, quanto a difusão e a realização de atos públicos associados a convicções espirituais. Além das manifestações sociais de culto, a Carta permitiria ao praticante que se negasse a realizar condutas que vão contra a sua consciência. Como visto acima, a liberdade religiosa também protege a possibilidade de os indivíduos conformarem as suas condutas com as práticas, as bases e os dogmas da sua religião. Dessa maneira, como bem estabelecido pela Corte, é de suma importância a coerência da vida pessoal com os dogmas da sua religião, visto que ela determina a maioria de seus projetos de vida pessoal.

A restrição de direitos fundamentais no cumprimento da pena privativa de liberdade é extremamente sensível. É que, não bastasse o fato de a pena que restringe a liberdade de ir e vir infringir enorme sofrimento ao preso, as condições dos estabelecimentos prisionais no Brasil são aterrorizantes, sendo comparadas pelo ex-Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo a masmorras medievais<sup>693</sup>. Relembre-se que, recentemente, o STF declarou, inclusive, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro<sup>694</sup>. As limitações a que os presos estão submetidos, portanto, circunscrevem-se apenas à privação da liberdade de ir e vir, não abrangendo outros direitos e liberdades fundamentais, tal como a liberdade religiosa. Pelo contrário, o artigo 5º, inciso VII da CF assegura expressamente, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

A ideia do dispositivo é que o exercício da liberdade religiosa pode demandar a concessão de assistência religiosa, pelo fato de o preso estar em espaços de internação, sendo impedido, de fato ou de direito de sair<sup>695</sup>, e na medida em que a pena privativa de liberdade não veda o exercício da liberdade religiosa.

O artigo 5º, inciso VII estatui, ainda, um direito de defesa, negativo ou de abstenção e um direito positivo. O primeiro impede as entidades civis (públicas e privadas) e militares de vedar o acesso de pessoal religioso ao interno, caso o solicite (dever de abstenção). O segundo exige que o Estado forneça condições materiais mínimas para que a assistência religiosa seja

<sup>693</sup> RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. **O Globo**, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>. Acesso em: 21 dez. 2017: “O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, disse nesta terça-feira que preferiria morrer a ter que passar muitos anos preso numa penitenciária brasileira, caso fosse condenado por algum crime. A afirmação foi feita em palestra a empresários em São Paulo, em que Cardozo respondeu a pergunta sobre se concordava com a pena de morte. Cardozo disse ser contrário à pena capital e afirmou que as cadeias do país têm condições “medievais”. Ele citou problemas que elas ainda enfrentam, como a violência entre detentos, que acaba levando à morte de internos”.

<sup>694</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Julg. 09 set. 2015. **DJe** em 19 fev. 2016.

<sup>695</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 411. A Suprema Corte dos Estados Unidos adotou a mesma interpretação em relação à lei que prevê um dever de acomodação da liberdade religiosa nos estabelecimentos prisionais. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

prestada, como privacidade, horários adequados, lugares para a comunicação com o preso etc.<sup>696</sup>. Deve ser garantida a igualdade de denominações, não sendo possível que se imponha ao Estado ou aos estabelecimentos privados a obrigação de contratar ou fornecer o pessoal religioso para essa assistência<sup>697</sup>.

Por fim, em relação aos particulares, a adaptação razoável é um dever que se impõe, à medida de sua vinculação à realização dos direitos fundamentais. Como afirmado no Capítulo III, a acomodação razoável guarda uma forte relação com diversos valores morais fundantes na Constituição de 1988. Ela é um direito meio para a promoção da igualdade, da dignidade, das liberdades fundamentais e do reconhecimento, buscando eliminar os efeitos adversos decorrentes da discriminação indireta. Portanto, os particulares estão mais fortemente vinculados aos deveres de acomodação, observados os parâmetros de razoabilidade dispostos neste trabalho e eventual ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade, com outro direito fundamental colidente. Assim, os empregadores estão vinculados à realização de acomodações para garantir a liberdade religiosa de seus empregados.

Nessas situações, estarão em conflito a autonomia patrimonial do empregador e o poder de organização da empresa, decorrente dos princípios da livre iniciativa e da liberdade de associação, frente à liberdade religiosa do empregado. Nesse sentido, a adaptação razoável das demandas religiosas do empregado será justificada e prevalecerá, em regra, sobre a autonomia patrimonial e a liberdade do empregador para gerir a atividade societária. Isso porque as medidas adaptativas buscarão promover valores morais relevantes para as escolhas existenciais do empregado, tais como a dignidade, a igualdade, o reconhecimento e as liberdades fundamentais. Como já apontado no Capítulo III e no item 4 acima, deve-se atribuir um peso relativo maior, com uma prevalência *prima facie*, a essas escolhas existenciais em relação às questões patrimoniais. Nesse sentido, o TST<sup>698</sup> garantiu a Adventista de Sétimo Dia o direito de não trabalhar aos sábados, em razão dos dogmas de sua religião. O poder diretivo do empregador e a suposta inexistência de lei disciplinando a matéria não poderiam ser óbice para o gozo e exercício da liberdade religiosa do reclamante.

Além disso, nas relações nas quais há assimetria de poder, há também um dever de acomodação razoável, diante da maior vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

---

<sup>696</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Op. cit., p. 411-412.

<sup>697</sup> Nesse sentido, ver os dispositivos da Lei nº 9.982/2000, o artigo 24 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) e o artigo 94, XII da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

<sup>698</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 51400-80.2009.5.21.0017. Primeira Turma. Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Julg. 24 jun. 2015. **DEJT** 30 jun. 2015.

nesses casos para corrigir as desigualdades de poder. Relações de trabalho – tal como demonstrado acima –, de consumo, manutenção de estabelecimentos prisionais, entre outros: quando se delinear um quadro de assimetria de poder, será possível verificar um direito à adaptação razoável, a fim de promover o gozo e o exercício de igual liberdade religiosa.

Será também exigida a acomodação razoável quando se tratar do fornecimento de bens e serviços ao público em geral. A doutrina<sup>699</sup> e a jurisprudência do Canadá<sup>700</sup> caminham nesse sentido. A ideia subjacente é que a oferta pública de serviços e atividades é uma norma ou ato geral e abstrato, que pode discriminar indiretamente pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. Devido ao caráter público dessa oferta, há um dever reforçado de adaptação, porque a oferta pública faz com que elas tenham que ser indiscriminadas e impessoais, de modo parecido com a universalidade do serviço público. Assim, devem ser sopesados a seletividade do serviço, a diversidade do público a que a atividade ou o serviço se destina, a participação de não membros, o caráter comercial ou não, a natureza íntima e o objeto da atividade ou do serviço<sup>701</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, ocorrem as *public accommodation laws*, que demandam direito a igual acesso às prestações oferecidas por estabelecimentos abertos ao público, como hotéis, restaurantes, cinemas e estádios<sup>702</sup>. No Brasil, os artigos 5º a 10 da Lei nº 7.716/1989, com a modificação da Lei nº 9.459/1997, criminalizaram, com base no artigo 5º, inciso XLI da CF, as condutas que envolvem a discriminação religiosa na entrada e no atendimento de estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

#### 4.7. Conclusões parciais

O objetivo deste capítulo foi testar, de forma analítica, o conceito de adaptação razoável que formulei no Capítulo III. Por sua vez, a definição fora alcançada a partir das premissas e dos nortes estabelecidos nos Capítulos I e II. Após estabelecer os marcos teóricos da igualdade e do reconhecimento, que compõem a adaptação razoável, no Capítulo III, busquei a consolidação do conceito, investigando seus fundamentos no bloco de constitucionalidade e nas

<sup>699</sup> WOEHLING, José. Op. cit., p. 339-341.

<sup>700</sup> Cf. CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. *Gould v. Yukon Order of Pioneer*, [1996] 1 S.C.R. 571.

<sup>701</sup> Ibidem.

<sup>702</sup> Cf. *Civil Rights Act*. (42 U.S. Code § 2000a) e *National Conference of State Legislatures (USA). State Public Accommodation Laws*. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/research/civil-and-criminal-justice/state-public-accommodation-laws.aspx>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

práticas dos tribunais do Brasil e do mundo, a definição do “razoável” e os sujeitos que possuem o dever de acomodar.

Utilizando o recorte da liberdade religiosa, analisei cada um dos elementos que compõem o conceito de adaptação razoável formulado no Capítulo III para verificar os parâmetros adotados. Nesse sentido, busquei destrinchar os julgados e os casos concretos expostos neste capítulo, de modo a verificar a sua compatibilidade com o conteúdo substantivo estudado nos capítulos anteriores.

Portanto, a aplicação das premissas estabelecidas nos Capítulos I, II e III aos casos concretos descritos, que se limitaram aos casos de liberdade religiosa, demonstraram satisfatoriamente a capacidade de o conceito de adaptação razoável formulado anteriormente – bem como dos seus respectivos fundamentos teóricos – atender a proposta de promover igualdade e reconhecimento, com a eliminação dos efeitos adversos da discriminação indireta.

## CONCLUSÃO

No Capítulo I, busquei desenvolver o conteúdo da igualdade que fundamenta a adaptação razoável, as consequências de uma acomodação, as situações que a justificam e o fim que ela busca.

O conteúdo da igualdade substantiva que fundamenta a acomodação razoável é composto por dois elementos: a exigência de que as pessoas possam ter iguais liberdades e o valor intrínseco e pessoal do ser humano. Em relação ao primeiro, construí um conceito de liberdade positiva, na qual igualdade e liberdade são complementares e têm como objetivo viabilizar a emancipação do indivíduo, de modo a permitir que as pessoas possam viver, como livres e iguais, a sua própria concepção de bem, de vida boa.

Em relação ao segundo ponto, apontei que o valor intrínseco kantiano de que todo homem é um fim em si mesmo se relaciona com a igualdade, porque todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e consideração. Isso quer dizer que, se cada pessoa é igual a outra, ninguém pode ser discriminado por uma condição pessoal. Some-se a isso o valor subjetivo e instrumental do ser humano: cada pessoa tem valor em relação às demais e para ela própria, devendo ser protegida pelo Estado. A igualdade deve agir para eliminar discriminações derivadas de condutas e comportamentos moralmente arbitrários relacionados à concessão ou à manutenção de privilégios ou qualquer outra situação social que hierarquize as pessoas.

A partir desses dois elementos, extraí a conclusão de que são vedadas as discriminações em função de sexo, raça, etnia, condição econômico-social, crença, religião, capacidade, ou qualquer outra diferenciação ilegítima imposta pela sociedade, em virtude de traço imutável físico ou mesmo de aspectos que estão sob o controle do indivíduo e relacionam-se às suas escolhas morais.

Firmada a premissa da igualdade como fundamento e norte para o combate à discriminação, analisei os tipos identificados pela doutrina, pela jurisprudência e pelas normas nacionais e internacionais. Defini que *discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública, incluindo, nesse campo, a recusa de adaptação razoável.*

A acomodação razoável encontra seu fundamento de validade no fato de que, por vezes, a igualdade formal não é suficiente, exigindo uma igualdade substantiva. Nesses casos, as

diferenças de determinadas pessoas em certo contexto social exigem a aplicação de regras diferenciadas e medidas ativas para que esses indivíduos possam gozar de direitos e liberdades fundamentais na mesma medida que os demais em respeito ao pluralismo existente na sociedade. Assim, a igualdade substantiva e a decorrente vedação à discriminação arbitrária são fundamentos de validade da adaptação.

Demonstrado o fundamento das acomodações, explorei a igualdade como fim da adaptação razoável. Nesse sentido, demonstrei que a finalidade da adaptação é a igualdade material. Afinal, se o que justifica tratamentos diferenciados e ajustes é essa forma de igualdade, o resultado dessas ações deve ser também o alcance de uma sociedade substantivamente mais igual. Daí porque entendo que, ao realizar a acomodação, deve-se verificar a capacidade que determinada medida tem de, razoavelmente, promover a igualdade substantiva. Assim, não há que se falar em adaptação se a medida pretendida gera nova discriminação ou situação desigual ou, ainda, se mantém desarrazoadamente aquelas que buscava combater.

Estabelecidos os fundamentos e a finalidade de se acomodar, o que inclui a eliminação da discriminação, analisei as situações nas quais devem ser realizadas adaptações. Para isso, explorei as modalidades de discriminações existentes: a discriminação direta e a indireta.

No caso da negativa de adaptação razoável, demonstrei que há uma discriminação direta. Essa leitura deriva da própria leitura do artigo 2º da CDPD: se a própria lógica da acomodação é corrigir a discriminação indireta, não faria sentido que a recusa explícita de adaptação alguém do ônus indevido continue sendo uma discriminação indireta. No caso, não há mais uma norma ou prática geral e neutra que incide de forma discriminatória sobre determinada pessoa ou grupo, mas o conhecimento de uma situação discriminatória que recai direto sobre aquele indivíduo que teria o direito à adaptação e sua recusa expressa em fazê-lo. Nessa situação, há a vontade explícita de discriminar (*discriminação direta explícita*), correspondente à recusa injustificada na realização de uma acomodação devida. Outra situação na qual pode haver uma discriminação direta no caso da denegação de adaptação razoável é quando a lei impõe que seja realizada determinada acomodação, que é negada pelo destinatário da norma. A violação desse dever também levará a uma discriminação direta. Em ambos os casos, verifica-se o conhecimento e a vontade do devedor da acomodação de realizar uma conduta, ato ou medida específica de denegação da adaptação razoável.

Por outro lado, ela está diretamente relacionada à discriminação indireta, na medida em que esta origina o direito àquela. A discriminação indireta, tal como definida neste trabalho, é aquela *discriminação – que inclui qualquer diferenciação, restrição, exclusão, distinção ou*



*preferência – perpetrada contra indivíduos pertencentes a grupos minoritários vulneráveis e constitucionalmente protegidos, em decorrência da aplicação de normas ou da consecução de atos ou condutas, aparentemente neutros, ou seja, que, mesmo sem utilizar qualquer critério discriminatório e/ou sem a intenção de discriminar, promove, na realidade fática, efeitos adversos negativos e a denegação de direitos, valor intrínseco e liberdades fundamentais a esses indivíduos.*

A adaptação razoável não é o mecanismo adequado para solucionar as discriminações diretas – salvo a própria denegação de adaptação –, visto que é um dos mecanismos de combate da subordinação e hierarquização das pessoas decorrentes dos efeitos adversos da discriminação indireta. Ela é um dos mecanismos de antissubordinação, que reprova tratamentos que criem ou perpetuem situações de subordinação, admitindo tratamentos diferenciados, desde que com o objetivo de superar situações de discriminação. Portanto, ela é um mecanismo útil para lidar com a discriminação indireta, na medida em que também leva em consideração tratamentos neutros que reforcem ou mantenham a subordinação de quem quer que seja, preocupando-se, dessa forma, com a perspectiva do discriminado e com os efeitos sofridos em virtude de práticas recorrentes, ainda que não intencionais. Essa perspectiva, portanto, justifica o dever de acomodação razoável como um dos instrumentos de promoção da igualdade e de combate a situações de subordinação.

A adaptação razoável se consubstancia em um direito que nasce da discriminação indireta. Significa dizer que, havendo uma discriminação perpetrada contra um indivíduo, nasce para ele um direito, que possui fundamento de validade direto no bloco de constitucionalidade – podendo também ser intermediada por uma lei, prática ou medida –, para corrigir o impacto adverso que recai sobre determinada pessoa ou grupo minoritário. Assim, em primeiro lugar, a necessidade de modificações e ajustes reforça a caracterização de direito da adaptação razoável: há um sujeito identificável merecedor de acomodação e outro sujeito devedor.

Em segundo lugar, a acomodação não é uma política pública estrutural, possuindo um alcance limitado de mudança na sociedade. Contudo, a inexistência de acomodação implicaria uma maior violação à igualdade e um assimilacionismo indesejável em relação a pessoas que não possuem religiões, culturas ou aspectos físicos, morais e sociais compatíveis *a priori* com a sociedade hegemônica. A adaptação razoável pode descortinar o manto que torna invisíveis determinadas minorias. Além disso, ela é um direito e, como tal, entra em rota de colisão com outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tutelados. Como decorrência do princípio da igualdade, admite também sua restrição de forma proporcional e razoável.

Em terceiro lugar, por não ser sempre possível a acomodação, ela é uma alternativa segundo-melhor (*second best*): de fato, o grupo vulnerável permanecerá em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. Entretanto, nem todos os interesses devem ser acomodados. Nas sociedades plurais, as perdas são inevitáveis e, por isso, nem todas as demandas farão jus à acomodação.

A impossibilidade da adoção de algumas medidas transformativas decorre tanto da sua indesejabilidade, quanto da sua impossibilidade no mundo dos fatos. Deve-se destacar que a adaptação razoável possui algum potencial transformativo. Ela garante que, em alguma medida, indivíduos excluídos possam gozar de iguais liberdades e direitos em relação às demais pessoas. Reconhece também o valor intrínseco e moral do indivíduo, ao considerá-lo como merecedor de adaptações para a persecução de seu plano de vida, para o seu autorrespeito e para a sua autoestima. Age também, de maneira eficaz, na correção de situações de discriminações indiretas, promovendo a igualdade de membros de grupos excluídos e que seriam assimilados pela cultura hegemônica, garantindo-lhes uma análise de sua situação desigual à luz da igualdade substantiva.

Por fim, a adaptação razoável desempenha um papel importante em relação à democracia. Amalgamando-se, em seu conteúdo, aspectos das teorias procedimentais apontadas neste trabalho, a acomodação razoável deve ser pensada sob dois prismas complementares: o primeiro é da igualdade de acesso. Ela exige que sejam retirados dos espaços públicos e dos fóruns de deliberação, sejam eles públicos ou privados, os impedimentos físicos e sociais para que as pessoas possam participar, com igualdade de condições, da produção legislativa: deve-se evitar que haja barreiras ao debate e possibilitar o efetivo acesso a ele. Essa inclusão é importante do ponto de vista individual, já que se permite o exercício da cidadania por pessoas normalmente excluídas do processo político, com o pleno gozo da autonomia pública.

Mas há também uma grande relevância do ponto de vista coletivo: o ambiente inclusivo, promovido pela adaptação, faz com que essas minorias passem a conviver como iguais na sociedade, desenvolvendo uma visão do valor intrínseco e da igualdade do outro, e não com um sentimento de pena, desprezo ou qualquer sentimento de diferenciação pejorativo em relação aos membros desses grupos. Ainda no aspecto coletivo, esse ambiente inclusivo permite que a elaboração das normas jurídicas seja feita de modo mais igualitário e com a troca de experiências com pessoas que podem incrementar o debate democrático e, por conseguinte, a produção normativa. Essas diferentes visões, além de enriquecerem o debate, servem também

para alertar para “pontos cegos” da produção legislativa, como leis que podem ensejar discriminação indireta. Essa inclusão, portanto, possibilita o aperfeiçoamento legislativo que pode evitar sofrimentos para essas minorias, como leis e políticas públicas que os impeçam de usufruir seus direitos fundamentais de forma adequada.

O outro prisma sob o qual a questão pode ser vista diz respeito ao fato de que um processo democrático inclusivo permite que todos possam se enxergar como coautores da elaboração normativa. Isso ajuda a gerar, na via oposta, uma sociedade mais justa e igualitária, na medida em que as pessoas que integram esses grupos minoritários não se enxergam como cidadãos de segunda categoria, como pessoas excluídas, mas como membros de uma sociedade plural, com poder de transformação e de influência nas decisões políticas de uma sociedade.

A adaptação razoável contribui inegavelmente para a democracia, tendo em vista que, ao promover igualdade e reconhecimento e, por conseguinte, a inclusão dos membros de grupos vulneráveis e normalmente excluídos do processo político, ajuda a tornar o procedimento de deliberação no debate público mais plural e representativo da sociedade.

No Capítulo II, procurei demonstrar a importância da acomodação razoável na promoção do reconhecimento intersubjetivo. Assim, as premissas dessa parte estão embasadas, em primeiro lugar, em um direito ao reconhecimento. Após perpassar as principais teorias do reconhecimento, identifiquei alguns parâmetros para auxiliar na construção do conceito jurídico.

Assim, tendo em vista a especial relevância do reconhecimento intersubjetivo para a dignidade, formulei um conceito de pessoa como ser enraizado e situado. O reconhecimento está ligado à proteção estatal às culturas, à solidariedade, à igualdade e também à autonomia. Por envolver a proteção e a promoção de valores morais tão importantes na sociedade e pela sua essencialidade para a dignidade, o direito ao reconhecimento pode ser caracterizado como um direito fundamental.

Em relação ao seu fundamento na Constituição de 1988, o direito ao reconhecimento tem como base o forte compromisso constitucional com a diversidade. Ela protege o pluralismo político como um dos fundamentos da República, tem forte apelo no combate às discriminações decorrentes de características pessoais (raça, sexo, deficiência), de escolhas morais (religiosa) e regionais. A Constituição consagra expressamente o princípio da igualdade, o respeito a todos os credos e crenças e os direitos de povos tradicionais, assegurando direitos básicos de forma coletiva (“direitos da comunidade”), bem como de forma individual (“direitos dos indivíduos

na e frente à comunidade”) e, agora, possui também a CDPD integrante do bloco de constitucionalidade.

Ao lado desses valores – e até como reforço a eles –, a Constituição garante também as liberdades básicas individuais e possui no seu epicentro a dignidade humana. Ela impõe que as pessoas tenham o direito à sua autonomia existencial, que possam fazer suas escolhas de vida, o que inclui, obviamente, o direito de cada pessoa a exprimir sua identidade.

A partir dessas premissas, formulei o seguinte conceito de direito ao reconhecimento intersubjetivo, à luz dos valores e normas da Constituição de 1988: direito ao igual respeito à identidade. Parte do conteúdo do direito fundamental ao reconhecimento, portanto, é um direito ao igual respeito da identidade pessoal, possuindo uma faceta negativa, que veda práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as, e outra positiva, que impõe ao Estado que adote medidas voltadas para o combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes.

O direito ao reconhecimento não se limita ao igual respeito à identidade. Ele deve ter como marco teórico de interpretação constitucional a inclusão e o estreitamento das relações intersubjetivas, sendo, portanto, necessária a utilização de políticas inclusivas e de ações que estimulem a interação social. Ele deve ser interpretado no sentido de promover o reconhecimento intersubjetivo, incluindo a estima social e o amor.

Em seguida, analisei a interação entre o direito à adaptação razoável e o (direito ao) reconhecimento intersubjetivo. De modo geral, há diversos grupos que exigem medidas adaptativas, dentre eles, as pessoas com deficiência, que são objeto de proteção da CDPD, os grupos religiosos e os povos tradicionais. Diante desse quadro, a igualdade, a inclusão e o reconhecimento exigem que grupos minoritários que sofrem discriminações indiretas façam jus à adaptação razoável. O direito ao reconhecimento se relaciona com a acomodação razoável, na medida em que o ser humano precisa se reconhecer no olhar do outro, sendo requisito essencial da sua dignidade. Além disso, a igual identidade também serve de base para a adaptação razoável. Esses dois pontos se desdobram da seguinte forma. Ao igualar aquela pessoa antes excluída da sociedade, em decorrência de uma característica física, psicológica ou de uma escolha moral de vida, o indivíduo deixa de ser invisível e passa a ser um valor em si.

Em relação ao segundo ponto, a igual identidade está relacionada ao direito de cada pessoa eleger seus projetos de vida e poder implementá-los sem constrições ilegítimas por parte do Estado ou dos particulares. As pessoas podem, portanto, desde que de forma razoável, eleger concepções de bem e, a partir daí, mover esforços para a sua realização, ainda que venha a

colidir com a cultura, as concepções e os hábitos majoritários na sociedade. Possibilitar às pessoas iguais direitos e liberdades para promover seus fins, garantindo que eles sejam implementados em uma comunidade política, gera relações de reconhecimento.

O reconhecimento promove também a inclusão de minorias estigmatizadas, o que possibilita a realização de várias promessas sociais no longo prazo: incluir o diferente no dia a dia pode gerar menos tensões, tornando a sociedade mais cooperativa na consecução dos objetivos constitucionais. Além disso, pode impulsionar que as pessoas se ajudem e sejam mais fraternais umas com as outras: a diferença passa a ser natural sob a perspectiva do outro.

Ao realizar ajustes, medidas, isenções ou exceções para promover o gozo e o exercício de iguais direitos e liberdades, ao conferir a cada pessoa valor intrínseco e pessoal para combater práticas indiretamente discriminatórias, a adaptação razoável coloca as pessoas no mesmo patamar. A convivência com o diferente, com o pluralismo nos diversos espaços sociais, tende a gerar relações de reconhecimento e a diminuição dos atritos sociais. A pessoa excluída passa a se ver como igual merecedora de respeito e consideração.

Portanto, a igualdade exerce papel fundamental na eliminação de hierarquias, de barreiras sociais e na promoção da identidade de cada um, de modo que ela acaba desempenhando uma função central na realização do reconhecimento intersubjetivo e na construção dialógica constante do *self*. A adaptação razoável se insere nesse contexto ao acomodar pessoas no seio da sociedade, promovendo a integração com as demais. Ela elimina as barreiras sociais, combate a discriminação indireta e fornece valiosa ajuda no enfrentamento de hierarquias interpessoais. Dessa forma, é possível verificar uma relação intercambiável e sinérgica entre os direitos à adaptação razoável e ao reconhecimento: ao realizar a acomodação, há um avanço significativo em direção ao reconhecimento, promovendo efeitos psicológicos e sociais positivos no indivíduo antes discriminado e na sociedade.

No Capítulo III, demonstrei que a adaptação razoável deve ser entendida como um direito meio e de integração entre a igualdade e outro direito ou liberdade fundamental garantido pela Constituição, com o objetivo de eliminar, na medida do possível, a discriminação que recai sobre um indivíduo pertencente a um grupo vulnerável ou mesmo sobre o próprio grupo. Por isso, a necessidade de corrigir uma situação de discriminação indireta que recai sobre um grupo vulnerável, em situação que gera um direito para o seu titular e uma obrigação específica correlata ao devedor dessa prestação, enseja a necessidade de promover ajustes e modificações.

Esses ajustes e essas modificações estão intrinsecamente ligados à vedação à discriminação e à consecução e à aplicabilidade imediata de direitos e liberdades fundamentais,

todos previstos na Constituição (ou no bloco de constitucionalidade). Daí porque não só se pode falar em um direito à adaptação razoável que vá além da deficiência, como também esse direito pode ser identificado na Constituição e no ordenamento como um todo anteriormente à incorporação da CDPD ao bloco de constitucionalidade.

Em seu aspecto formal, a CDPD foi incorporada segundo o procedimento previsto pelo art. 5º, § 3º, CF. Foi a primeira convenção promulgada pela nova sistemática introduzida pela EC nº 45/2004. Dessa forma, ela tem força de emenda constitucional e, por conseguinte, passou a integrar o bloco de constitucionalidade.

Em seu aspecto material, a Convenção preocupa-se com variados temas relacionados às pessoas com deficiência: a discriminação e a opressão que esse grupo sofre; a sua inclusão, participação paritária, gozo de direitos e sua dignidade. Ela incorporou uma matriz de direitos humanos preocupada com a denúncia da opressão e com as barreiras sociais que restringem a participação plena e efetiva das pessoas, provocando a desigualdade.

O conceito de desenho universal, trazido pela CDPD, corrobora a percepção de que a adaptação razoável, por não eliminar por completo a situação discriminatória, é uma opção segundo melhor (*second best*), permanecendo o grupo vulnerável em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. A preferência pelo desenho universal se deve pelo fato de que o ideal é que produtos, ambientes, programas e serviços sejam concebidos, *a priori*, de uma forma que possibilite a todos acesso com igualdade de oportunidades. Ele traz a ideia de que a inclusão por meio da universalidade é prioritária em relação às acomodações. Dessa forma, busca-se evitar que seja necessária a adaptação razoável, promovendo a igualdade e a inclusão já na norma, conduta ou ato geral, evitando que ocorram discriminações indiretas.

Obviamente, nem sempre será possível que a discriminação seja previamente combatida na elaboração do desenho universal. Nesses casos, a adaptação razoável será subsidiária para realizar as adaptações necessárias para situações não abrangidas ou não resolvidas pelo desenho universal em uma situação específica. Portanto, a *adaptação razoável é subsidiária e complementar ao desenho universal*, devendo ser analisada e utilizada sempre *a posteriori*, quando esse arranjo não for suficiente para lidar com a situação discriminatória, de forma razoável e proporcional.

No tocante aos diferentes significados de *razoabilidade*, demonstrei que os significados jurídicos que podem ser assumidos pela palavra que compõe a expressão são: (i) razoabilidade como congruência; (ii) razoabilidade como funcionalidade ou como instrumentalidade; (iii)

esses três elementos da razoabilidade se ligam aos subprincípios da adequação e da necessidade; (iv) o diálogo também compõe uma exigência de razoabilidade; e (v) a razoabilidade deve levar em consideração o benefício social, como a implementação de valores constitucionais, da inclusão e do combate à discriminação, em relação ao custo-benefício econômico. O benefício social, portanto, goza de uma prevalência *prima facie*, com um peso relativo superior aos gastos gerados com a medida.

Em relação ao conceito filosófico de razoabilidade, no caso da adaptação razoável, tal questão se coloca da seguinte forma: nenhum cidadão ou associação de cidadãos deve ter o direito de empregar o poder coercitivo do Estado para decidir questões sobre elementos constitucionais essenciais, segundo as determinações da doutrina abrangente desse cidadão ou dessa associação. Além disso, para identificar se será necessária a adaptação, o “razoável” deve utilizar também os equivalentes homeomórficos e os diálogos interculturais.

Portanto, o conceito de razoabilidade aqui exposto limita a acomodação no sentido de que nem todos os interesses e visões de mundos (doutrinas abrangentes) deverão ser acomodadas, por não serem razoáveis. Afinal, em uma democracia constitucional, as instituições políticas que satisfazem os princípios de uma concepção liberal de justiça realizam valores e ideais políticos que, em geral, prevalecem sobre quaisquer outros valores que se lhes oponham. Não há pluralismo sem perdas, já que não é possível acomodar todos os interesses. A prioridade do justo significa que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas e parcialmente abrangentes; significa também que os princípios de justiça estabelecem limites às formas de vida. O sistema de iguais liberdades e o valor pessoal e intrínseco da igualdade, delineados no Capítulo I, servirão também como norte interpretativo para avaliar se determinada doutrina abrangente é razoável e, em caso positivo, legitimar a acomodação da demanda de determinado indivíduo ou grupo.

Em seguida, demonstrei que a adaptação razoável é um direito fundamental, porque se liga diretamente com a igualdade substantiva e com a dignidade humana. Como tal, há, de um lado, o titular para quem será cumprida uma prestação – uma obrigação de fazer, de não fazer, de dar ou qualquer outro tipo de obrigação – e, do outro, o devedor da obrigação, aquele que tem o dever de cumprir determinada prestação estabelecida por uma norma – seja uma lei, um contrato, a Constituição ou qualquer outra fonte de obrigação.

Sendo um direito fundamental, aplica-se aos casos de conflito com outros direitos fundamentais a ponderação de interesses, balizada pelo princípio da proporcionalidade. O *onus indevido*, em regra, é um parâmetro de aplicação desse princípio, ligado ao subprincípio da

necessidade. Cabe àquele que tem o dever de adaptação comprová-lo. Note-se que não basta existir o ônus, porque essa é uma consequência de toda medida que se propõe a promover uma alteração na realidade empírica. Ele deve ser *indevido*. Um parâmetro para determinar a existência desse ônus indevido seria a existência, como já mencionado acima, de violação da razoabilidade como congruência. Dessa forma, quando o objetivo da medida for frustrado ou obliterado de modo relevante ou quando a adaptação bloqueia o fim pretendido pela norma, há ônus indevido.

Outro parâmetro é a análise de custo benefício da medida, ou, mais especificamente, para a verificação da proporcionalidade em sentido estrito. Essa relação não se esgota no aspecto econômico-financeiro, que, dentre outros aspectos, deve ser levado em conta, principalmente diante da necessidade de verificação da condição econômica daquele que deve acomodar. Entretanto, mais do que esses custos, devem ser considerados também nesse balanceamento os benefícios diretos e indiretos para o sujeito com dever para adaptar e para a sociedade, tais como o enfrentamento da discriminação, a inclusão social, o respeito, a igualdade, a liberdade, a dignidade e o reconhecimento.

Além disso, aplicam-se à ponderação também os demais elementos que dão significado à razoabilidade. Também deve ser analisado, quando da ponderação, a capacidade financeira, econômica e social do sujeito que tem o dever de adaptar, bem como se o interesse adaptável pode ser considerado uma doutrina abrangente razoável tolerável em nosso regime democrático-constitucional. Na análise da razoabilidade, deve-se verificar, ainda, se a medida objetivada com a acomodação supera ou reduz, de forma significativa e eficaz, na medida do possível, uma situação discriminatória.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade baliza a aplicação da adaptação, como em geral, ocorrem com os direitos fundamentais. O ônus indevido atua como subprincípio da necessidade, na verificação do meio menos oneroso, em regra, podendo atuar também como parâmetro para o balanceamento na proporcionalidade em sentido estrito, mediante a análise dos custos e dos benefícios da medida.

Um último ponto relevante como *standard* de ponderação diz respeito à posição preferencial *prima facie* da adaptação razoável: uma vez reconhecida a necessidade de sua utilização, ela goza de um *status* preferencial em relação a outros direitos e objetivos constitucionais, em decorrência dos valores que a fundamentam e que ela busca alcançar.

Por fim, analisei quem tem o dever de adaptar. O Estado possui, evidentemente, o dever de adaptação, agindo tanto no espaço público quanto no privado. O direito à adaptação razoável,



por ser um direito meio, integra-se com outros direitos e liberdades previstos na ordem jurídico-constitucional. A obrigação do Estado de acomodar incide, primeiramente, na sua relação direta com os titulares do direito à adaptação razoável. Ou seja, o Estado, em toda a sua estrutura, como nos prédios estatais, nos atendimentos e em todos os outros serviços públicos prestados tem o dever de acomodar. Portanto, o ônus da adaptação deverá ser suportado com muito mais intensidade pelo Poder Público em sua interação com os seus cidadãos que sofrem discriminação e que merecem ter suas necessidades acomodadas. Esse ônus maior está ligado também ao fato de que ele deve buscar tratar todos como iguais e combater práticas discriminatórias. Assim, deve se abster de discriminar e, ao mesmo tempo, implantar medidas e ajustes para combater práticas discriminatórias, conferindo aos cidadãos meios e recursos que permitam a elas usufruir de direitos e liberdades, ou intervindo para remover obstáculos ao seu exercício.

O Estado também deve promover a adaptação razoável daquelas pessoas que estão nas chamadas relações de sujeição especial. As relações especiais de sujeição são aquelas que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e que deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, também direitos especiais. Os particulares submetidos a essas relações possuem algumas restrições em seus direitos fundamentais, em relação aos demais cidadãos. A eles também se aplica a adaptação razoável, quando a acomodação não confrontar com a própria razão de ser da relação especial de sujeição. A adaptação razoável – e a objeção de consciência – visa a viabilizar a fruição e o gozo de direitos e liberdades garantidos constitucionalmente, em especial pela dificuldade dos grupos vulneráveis de exercê-los.

O direito à adaptação razoável não se limita às relações em que o Poder Público é o sujeito passivo devedor da acomodação. Ela é um direito que vincula também os particulares na sua implementação. Isso significa que eles também podem ser sujeitos passivos do dever de adaptar, podendo o Estado impor a realização desse direito fundamental nas relações privadas.

Dessa forma, deve-se utilizar os parâmetros de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como mencionado, aqueles que exercem funções públicas em sentido amplo têm um dever forte de acomodar. Especialmente quando a obrigação estiver próxima da realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais mais essenciais aos titulares do direito à adaptação, haverá um dever forte de adaptação. Os entes privados que exercem funções públicas, prestam serviços públicos ou recebem recursos públicos têm também o dever reforçado de adaptar. Assim, todos aqueles particulares que possuem vínculo jurídico com o

Estado e prestam serviço ao público em geral têm o dever de acomodar, como os entes privados que exercem funções de concessão, permissão etc. Igualmente, atividades e serviços públicos, mas permitidos à iniciativa privada, são sujeitos passivos do direito à acomodação.

Os particulares que oferecem, habitualmente, serviços e atividades ao público em geral têm, igualmente, um dever reforçado de adaptar, porque a oferta pública de serviços e atividades é uma norma ou ato geral e abstrato, que pode discriminar indiretamente pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. Devido ao caráter público dessa oferta, há um dever reforçado de adaptação, porque as ofertas públicas devem ser indiscriminadas e impessoais, tal como se dá com a universalidade do serviço público. Assim, devem ser sopesados a seletividade do serviço, a diversidade do público a que a atividade ou o serviço se destina, a participação de não membros, o caráter comercial ou não, a natureza íntima e o objeto da atividade ou do serviço.

Outro fator relevante é que a assimetria de poderes e as desigualdades fáticas entre as partes justificam um menor peso da preservação da autonomia privada. A relação de trabalho é talvez um dos exemplos mais notórios dessa desigualdade, exigindo a realização das acomodações necessárias para os trabalhadores.

Especificamente nas relações trabalhistas, além das relações de poder, do ponto de vista filosófico, no sistema capitalista, as pessoas passam a maior parte do tempo das suas vidas no trabalho. A adaptação razoável nesse cenário decorre do fato de que também no labor se tem direito à dignidade, à igualdade, à liberdade e ao reconhecimento intersubjetivo, especialmente diante da constatação de que, no modelo atual, o trabalho ocupa grande parte da vida das pessoas. Dessa forma, os indivíduos não podem deixar quem são do lado de fora do seu emprego. Normas internas, espaços do local de trabalho – e acesso a ele – e códigos de condutas de empregadores podem incorrer também em discriminações indiretas, originando o correlato dever de adaptar razoavelmente.

Organizações sindicais são também partícipes do dever, mormente quando a discriminação advém de seus acordos e convenções. Elas nem sempre realizam negociações coletivas pensando no bem-estar de grupos vulneráveis. Acordos e convenções coletivas valem como normas gerais e abstratas para todos os empregados de uma determinada categoria, sendo, portanto, passíveis de incorrer em discriminação indireta, na medida em que seus impactos adversos podem afetar minorias estigmatizadas, como pessoas com deficiência e minorias religiosas.

Além disso, não se deve idealizar as negociações coletivas. Os representantes dos empregados podem estar, por vezes, mais alinhados com os patrões do que com os interesses

da classe trabalhadora que representam. Por fim, as minorias que fazem jus à adaptação são, em geral, excluídas tanto do processo político, quanto das negociações coletivas.

Por esses motivos, não há porque negar que uma norma decorrente de deliberação coletiva possa incorrer em discriminação indireta, seja no espaço público de deliberação democrática, seja no campo privado, como as normas coletivas do direito do trabalho e de condomínio edilício, por exemplo (convenção condominial).

No mais, aplicam-se as diretrizes da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. A adaptação razoável está intrinsecamente ligada à dignidade humana e à igualdade substantiva. Dessa forma, é evidente que o direito à adaptação razoável deve ser imposto, na maioria dos casos, aos particulares.

Outro parâmetro importante diz respeito à existência de lei regulando a matéria. A adaptação razoável decorre diretamente do bloco de constitucionalidade, sendo uma medida de promoção da igualdade substantiva. Isso, contudo, não impede sua regulamentação mediante leis e atos normativos pelo Estado, disciplinando a vinculação dos particulares. A normatização tem a vantagem de conferir previsibilidade e segurança jurídica às situações que merecem adaptação e ao modo como devem ser realizadas. Em todo caso, os parâmetros de razoabilidade, de ônus indevido e de proporcionalidade, delineados neste capítulo, devem ser aplicados na análise do dever de adaptar. Por fim, ultrapassados esses parâmetros, cabe mencionar que o particular deve comprovar que tomou todas as medidas para se prover a acomodação e que adotá-las implicaria em ônus excessivo.

Portanto, à luz de tudo o que já fora exposto neste trabalho, *adaptação razoável é um direito fundamental a medidas, ajustes, isenções, exceções ou modificações necessários e adequados para a correção dos efeitos adversos da discriminação indireta que recaem sobre indivíduos ou grupos pertencentes a minorias políticas, a fim de assegurar que eles possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como tenham protegidos seu valor intrínseco e promovidas relações de reconhecimento intersubjetivo, até o ônus desproporcional ou indevido.*

No Capítulo IV, por fim, testei, de forma analítica, o conceito de adaptação razoável que formulei no Capítulo III para verificar os parâmetros adotados. Inicialmente, demonstrei que o princípio da laicidade e o laicismo não se confundem: o primeiro concebe a ideia de que o Estado deve ser imparcial entre as diversas crenças, garantindo o gozo e o exercício de igual liberdade religiosa. O laicismo, por outro lado, implica a animosidade em relação às

manifestações religiosas. A adaptação razoável se liga ao princípio da laicidade, porque ela busca eliminar discriminações, garantindo a manifestação pública das confissões religiosas, sem que o Estado promova determinada fé.

Mais adiante, tratei da relação entre igualdade e liberdade religiosa, demonstrando como elas interagem entre si e as repercussões na acomodação razoável. Na ocasião, ficou comprovada a importância da promoção de iguais liberdades fundamentais pelas medidas adaptativas. Também restou demonstrado o papel desempenhado pela acomodação na promoção do valor intrínseco das pessoas.

Em seguida, analisei a sinergia existente entre adaptação razoável e o (direito ao) reconhecimento intersubjetivo. O exemplo da estudante Charlyane ajudou a ilustrar como a adaptação razoável contribui para promover as relações de reconhecimento intersubjetivo, no caso da liberdade religiosa, e como elas são importantes para a autorrealização, para a autoconsciência e para o autorrespeito do indivíduo. Em seguida, analisei os elementos que compõem a adaptação razoável atribuída coletivamente às entidades religiosas e tentei demonstrar como essas acomodações reforçam os laços intersubjetivos da comunidade religiosa.

Mais adiante, demonstrei como os múltiplos significados do vocábulo “razoável” se inter-relacionam com a palavra acomodação, a partir da análise do caso *Bhinder*, decidido pela Suprema Corte do Canadá. Ilustrei também como o conceito filosófico de razoabilidade se desenvolve a partir da ideia do liberalismo político de convivência de doutrinas abrangentes razoáveis. Para isso, utilizei o caso *Yoder*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ao fim, busquei testar o conceito de adaptação razoável, sob a ótica dos seus sujeitos passivos. Ilustrei os parâmetros delineados no Capítulo III, a partir da relação direta entre o dever de acomodação e o poder público, seja no âmbito administrativo, seja no legislativo. Em seguida, demonstrei a aplicação da acomodação razoável aos casos de relações especiais de sujeição de presos e funcionários públicos. Por fim, tratei da incidência da acomodação das demandas religiosas nas relações privadas. Demonstrei que se aplicam os padrões apontados, em geral, pela doutrina para a vinculação dos particulares à realização dos direitos fundamentais, na medida em que a adaptação possui uma elevada carga valorativa, estando associada à efetivação de valores morais fundamentais do sistema constitucional e com a correção de assimetria de poderes. Para ilustrar esse parâmetro, demonstrei a aplicabilidade da adaptação razoável nas relações de trabalho e nos produtos, bens e serviços ofertados ao público em geral.

Portanto, ao fim dos testes propostos, que se limitaram aos casos de liberdade religiosa, restou demonstrada a capacidade de o conceito de adaptação razoável formulado atender suficientemente a proposta de promover igualdade e reconhecimento, com a eliminação dos efeitos adversos da discriminação indireta.

Chico Buarque em “As Caravanas” conta a difícil história dos negros e dos pobres do subúrbio da cidade do Rio de Janeiro, que, além de excluídos, discriminados e inferiorizados, ainda contam com diversas dificuldades sociais para conseguir se divertir nas praias da zona sul da cidade. “Quando pinta em Copacabana / A caravana do Arará, do Caxangá, da Chatuba / A caravana do Irajá, o comboio da Penha / Não há barreira que retenha esses estranhos”. As barreiras sociais – e também as físicas – discriminam não só no acesso às praias, mas a todos os bens mais prezados pela sociedade. O direito à adaptação razoável surge como um dos meios de romper parte dessas barreiras, transformando alguns desses estranhos em indivíduos pertencentes à sua própria comunidade política.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

AFFONSO, Julia. Véu de estudante muçulmana vira discórdia em Exame da OAB. **Estadão**, 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veu-de-estudante-muculmana-vira-discordia-em-exame-da-oab/>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIAH, Kwame Anthony. **The ethics of identity**. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 99-105.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. **Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights**. The Hague: Martinus Nijhoff Publisher, 2003.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. São Paulo: Globo, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível na internet em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, p. 105-138, jan./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 52-116.

BENHABIB, Seyla. From distribution to recognition?: the paradigm change of contemporary politics. In: BENHABIB, Seyla. **The claims of culture: equality and diversity in the global era**. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 49-105.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. Tradução de: Rosaura Achenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-298.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOSSET, Pierre. **Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable**. Commission des droits de la personne et des roits de la jeunesse, Québec, 2007, p. 1-16. Disponível em: <[http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/accommodements\\_fondements\\_juridiques.pdf](http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2017 (o artigo foi originalmente publicado na introdução do livro de JÉZÉQUIEL, Myriam (Org.). **Les accommodements raisonnables: quoi, comment, jusqu'ou?** Des outils pour tous. Cowansville: Yvon Blais, 2007, p. 3-28).

BOUCHARD, Gérard; TAYLOR, Charles. **A time for reconciliation, consultation commission on accommodation practices related to cultural differences**. Governo do Quebec, 2008. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/buildingthefutureGerardBouchardycharlestaylor.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Building the future: a time for reconciliation**. Governo do Quebec, 2008. Disponível em: <<https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRIBOSIA, Emmanuelle; RINGELHEIM, Julie; RORIVE Isabelle. Reasonable accommodation for religious minorities: a promising concept for European Antidiscrimination Law? **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 17, n. 2, p. 138, 2010.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble: feminism and the subversion of identity**. Londres/Nova Iorque: Routledge, 1999.

\_\_\_\_\_. **Undoing gender**. New York: Routledge, 2004.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 38, n. 152, p. 173-182, out./dez. 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 47-85, dez. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 1, p. 3-55, 1999.

CANDIDA, Simone. Escadaria de estação de trem levou futuro advogado à Justiça. **O Globo**, 1 out. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/escadaria-de-estacao-de-trem-levou-futuro-advogado-justica-20212028>>. Acesso em: 04 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CORBO, Wallace. **Discriminação indireta**: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, Emily. Júri indígena em Roraima absolve réu por tentativa de homicídio. **G1**, 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/juri-indigena-absolve-reu-de-tentativa-de-homicidio-e-condena-outro-em-rr.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: Christian Courtis (Org.). **Ni un paso atrás**: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3-52.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAY, Shelagh; BRODSKY, Gwen. The Duty to accommodate: who will benefit? **Canadian Bar Review**, 75, p. 433 e ss., 1996.

DIAS, Sérgio Bocayuva Tavares de Oliveira; et al. Impasses e alternativas em 200 anos de constitucionalismo latino-americano. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 5, n. 2, p. 122-132, 2013.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: DINIZ, Debora; SANTOS, Wederson (Orgs.). **Deficiência e Discriminação**. Brasília: LetrasLivres: EdUnB, 2010.

DUARTE, Cláudia Turner Pereira. **O sistema familiar na teoria política**: repensando o lugar da criança na teoria da justiça. 2016. 322f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.



\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Virtude soberana**: a teoria e prática da igualdade. Tradução de: Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DYER, Claire. High Court judge will be first to wear turban. **The Guardian**, 24 mar. 2003. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/uk/2003/mar/24/race.world>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

EISGRUBER, Christopher L.; SAGER, Lawrence G. **Religious freedom and the Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

EMENS, Elizabeth F. Integrating accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, n. 4, p. 839-922, abr. 2008.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 291-312, dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: EUA e Brasil, p. 1-21, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.achegas.net/numero/30/joao\\_feres\\_30.pdf](http://www.achegas.net/numero/30/joao_feres_30.pdf)>. Acesso em: 09 dez. 2017.

FISS, Owen M. Groups and the Equal Protection Clause. In: COHEN, Marshall; NAGEL, Thomas; SCANLON, Thomas (Eds.). **Equality and preferential treatment**. Princeton: Princeton University Press, p. 96-106.

FRANÇA. **Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République**. Rapport au Président de la République, 2003. Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. **New Left Review**, n. 212, p. 68-93, jul./ago. 1995.

\_\_\_\_\_. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. FRASER, Nancy. **Justice interruptus**: critical reflections on the “postsocialist” Condition. New York: Routledge, 1997, p. 11-40.

\_\_\_\_\_. **Justice interruptus**: critical reflections on the “postsocialist” Condition. New York: Routledge, 1997.

\_\_\_\_\_. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. **The Tanner Lectures on Human Values**. Stanford University, 1996. Disponível em: <[http://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf](http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/f/Fraser98.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2016.

GARGARELLA, Roberto. Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? **Jueces para la democracia**, n. 31, p. 11-15, 1998,

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GÓMES, Patricia Cuenca. El ajuste razonable como expresión de igualdad. Disponível em <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-ajuste-razonable-como-expresi%C3%B3n-de-igualdad-Patricia-Cuenca.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

GOULD, Carol C. A Social Ontology of Human Rights. In: CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo (Eds.). **Philosophical Foundations of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 177-195.

GUTMANN, Amy. **Identity in democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. The challenge of multiculturalism in political ethics. **Philosophy and Public Affairs**, v. 22, n. 3, p. 171-206, 1993.

HABERMAS, Jürgen. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 229-268.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V. I. Tradução de: Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **El futuro de la naturaleza humana**. Tradução de: R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2001.

\_\_\_\_\_. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, n. 36, p. 39-53, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Tradução de: Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen. 9. ed. Rio de Janeiro/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2014.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HONNETH, Axel. Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the theory of recognition. **Political Theory**, v. 20, n. 2, mai. 1992, p. 187-201.

\_\_\_\_\_. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de: Luiz Repa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

\_\_\_\_\_. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy. HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition**: a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003, p. 110-197.

\_\_\_\_\_. Review article: a society without humiliation? **European Journal of Philosophy**, v. 5, n. 3, p. 306-324, dez. 1997.

\_\_\_\_\_. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, p. 46-67, out. 2008.

JOLLS, Christine. Antidiscrimination and accommodation. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 640, p. 642-699, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KESSLER, Suzanne J.; MCKENNA, Wendy. **Gender**: An ethnomethodological approach. New York: Wiley, 1978.

KUMM, Mattias. Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement. In: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 256-293.

KWON, Jun Taek. **Accommodation, assimilation, and regime legitimacy**: the ccp policies toward its minorities since 1949. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade da Geórgia, Athens, 2011. Disponível em: <[https://getd.libs.uga.edu/pdfs/kwon\\_jun\\_t\\_201112\\_phd.pdf](https://getd.libs.uga.edu/pdfs/kwon_jun_t_201112_phd.pdf)>. Acesso em: 17 nov. 2017.

KYMLICKA, Will. **Liberalism, community and culture**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. Oxford: Clarendon Press, 1995.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 64-95, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Lucas V. **Endocrinologia Ginecológica**, 2. ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2006.

MACIEL, Marcelo Cesar. Liberdade religiosa. Uso de véu/hábito religioso em fotografias destinadas à confecção da carteira de identidade. Possibilidade, desde que a face fique completamente visível. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 291-300, 2014.

MALDONADO, Daniel Bonilla. **La constitución multicultural**. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2006.

MALHOTRA, Ravi. The legal genealogy of the duty to accommodate American and Canadian workers with disabilities: a comparative perspective. **Washington University Journal of Law & Policy**, v. 23, p. 1-32, 2007.

MARKELL, Patchen. **Bound by recognition**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 89-113, jun. 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários ao artigo 5º, § 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 518-523.

\_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 378, ano 101, p. 89-109, mar./abr. 2005.

MCCOLGAN, Aileen. Class wars? Religion and (in)equality in the workplace. *Industrial Law Journal*, v. 38, n. 1, p. 1-29, 2009.

MCCRUIDEN, Christopher. Theorising European Equality Law. In: COSTELLO, Cathryn; BARRY, Ellis (Eds.). **Equality in diversity: the new equality directives**. Dublin: Irish Centre for European Law, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Dimensão intersubjetiva da auto-realização: em defesa da teoria do reconhecimento. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 24, n. 70, junho de 2009, p. 143-187.

MINOW, Martha. Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, Integrating Accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 1-10, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 111-144.

MORGADO, Helena Zani. **Justiça restaurativa como método adequado de solução de controvérsias penais**: subsídios para uma gestão não violenta. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. **Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice**. New York: Oxford University Press, 2016.

\_\_\_\_\_. Aristotelian social democracy. In: DOUGLASS, Robert B.; MARA, Gerald R.; RICHARDSON, Henry S. (Orgs.). **Liberalism and the good**. Nova York e Londres: Routledge, 1990, p. 203-252.

\_\_\_\_\_. Capabilities and human rights. **Fordham Law Review**, v. 66, p. 273-300, 1997.

\_\_\_\_\_. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. **Feminist Economics**, v. 9, n. 2-3, p. 33-59, 2003.

\_\_\_\_\_. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge e Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de: Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Liberty of conscience**: in defense of America's tradition of religious equality. New York/Philadelphia: Basic Books, 2008.

\_\_\_\_\_. Nature, function, and capability: Aristotle on political distribution. In: ANNAS, Julia; GRIMM, Robert H (Orgs.). **Oxford studies in ancient philosophy**. Supplementary volume. Oxford: The Clarendon Press, 1988, p. 145-184.

\_\_\_\_\_. **Political emotions**: why love matters for justice. Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

O'NEILL, Onora. Kantian ethics. In: SINGER, Peter (Ed.). **A companion to ethics**. Malden: Blackwell Publishers, 2010, p. 175-185.

OKIN, Susan Moller. O multiculturalismo é ruim para as mulheres? **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 4, p. 355-374, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Political Liberalism, Justice, and Gender. **Ethics**, v. 105, n. 1, p. 23-43, out. 1994.

OLESKJE JUNIOR, James M. Federalism, free exercise, and Title VII: reconsidering reasonable accommodation. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3, p. 525-572, 2004.

PALACIOS, Agustina. El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras. (Orgs.). **Igualdad y no discriminación**. El reto de la diversidad. Quito: V&M Gráficas, 2010, p. 389-412.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? Tradução de: Roberto Cataldo de Costa. In: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 206-238.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. **Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Latinoamericano. Quito: Editora Nacional, 96, 2010. Disponível em: <[http://mestrado.direito.ufg.br/uploads/14/original\\_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011](http://mestrado.direito.ufg.br/uploads/14/original_34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, v. 25, p. 7-29, 2010.

PEREIRA, Felipe. Paratletas querem ser vistos como esportistas, não como mercedores de pena. **UOL**, 7 set. 2016. Disponível em: <<http://olimpiadas.uol.com.br/noticias/redacao/2016/09/07/paratletas-querem-ser-vistos-como-esportistas-nao-como-mercedores-de-pena.htm>>. Acesso em: 05 out. 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 345-373, jul./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro v. 8, n. 3, p. 1080-2114, 2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINKARD, Terry P. **Hegel's Phenomenology**: the sociality of reason. New York: Cambridge University Press, 1994.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, set./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47-76.

PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada: o espaço da religião em um Estado democrático de Direito**. 462 f. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

POST, Robert C. Prejudicial appearances: the logic of American Antidiscrimination Law. **California Law Review**, Berkeley, v. 88, n. 1, p. 1-40, jan. 2000.

RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**. Tradução de: F. J. Azevedo Gonçalves, Lisboa: Gradiva, 2004.

RANCIÈRE, Jacques. Critical Questions on the Theory of Recognition. In: DERANTY, Jean-Philippe; GENEL, Katia; HONNETH, Axel; RANCIÈRE, Jacques (Eds.). **Recognition or Disagreement: A Critical Encounter on the Politics of Freedom, Equality, and Identity**. New York: Columbia University Press, 2016, p. 83-95.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Tradução de: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. Tradução de: Jussara Simões. Rev.: Álvaro de Vita. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **A política indigenista brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962.

RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. **O Globo**, 13 nov. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RODRIGUES, Maurício Andreioulou. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RORIVE Isabelle. **Reasonable accommodation beyond disability in Europe?** Luxemburgo: Official Publications of the European Union, 2013.

RORTY, Richard. Human Rights, Rationality and Sentimentality. In: HAYDEN, Patrick (Org.). **The philosophy of human rights**. Minnesota: Paragon House, 2001, p. 241-257.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de: Antonio de Pádua Danesi. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. In: TAPIA, Danilo Caicedo; VELASCO, Angélica Porras. (Orgs.). **Igualdad y no discriminación**. El reto de la diversidade. Quito: V&M Gráficas, 2010, p. 53-93.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito parte 1**. São Paulo: Cortez, 2014.

\_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-461.

\_\_\_\_\_. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 443-451.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 09, p. 361-388, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Comentários ao artigo 5º, § 1º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do TST, Brasília**, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73-114.

\_\_\_\_\_; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: \_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <[http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel\\_sarmento\\_o\\_neoconstitucionalismo\\_no\\_brasil1.pdf](http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. **Revista Eletrônica PRPE**, mai. 2007. Disponível em: <[http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/content/download/1631/14570/file/RE\\_%20DanielSarmento2.pdf](http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/content/download/1631/14570/file/RE_%20DanielSarmento2.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisbôa (Org.). **Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015, p. 3-36.

\_\_\_\_\_. **Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03**. Parecer apresentado à 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (6ª CCR) do Ministério Público Federal, [s.d.], p. 5-10. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/Territorios\\_Quilombolas\\_e\\_Constituicao\\_Dr.\\_Daniel\\_Sarmento.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SCANLON, Thomas. **The difficulty of tolerance: essays in political philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 187-201.

SEN, Amartya. **Inequality reexamined**. Cambridge, Harvard University Press, 1995.

SHACHAR, Ayelet. **Multicultural jurisdictions. cultural differences and womens's rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIEGEL, Reva B. Employment equality under the Pregnancy Discrimination Act of 1978". **Yale Law School Journal**, v. 94, p. 929-956, 1985.

\_\_\_\_\_. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. **Stanford Law Review**, n. 49, p. 1111-1148, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Bruno Stigert. **O constitucionalismo solidário: responsabilidade, democracia e inclusão**. 2010. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. **Lua Nova: Revista de Cultura e de Política**, n. 50, p. 133-158, 2000.

SUK, Julie. Disparate impact abroad. **Cardozo Legal Studies Research Paper**, Nova Iorque, n. 425, p. 1-20, mar. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Caste and disability: the moral foundations of the ADA. In response to Elizabeth F. Emens, Integrating accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 21-27, 2008.

\_\_\_\_\_. Cost-benefit analysis without analyzing costs of benefits: reasonable accommodation, balancing and stigmatic harms. **University of Chicago Law & Economics**, Olin Working Paper n° 325; **University of Chicago, Public Law**, Working Paper n° 149, p. 8-9, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Acesso em: 05 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Incommensurability and valuation in Law. **Michigan Law Review**, v. 92, p. 799-861, 1994.

\_\_\_\_\_. THALER, Richard H. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Books, 2008.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Tradução de: Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 1995, p. 246-254.

\_\_\_\_\_. Hegel. **New York**: Cambridge University Press, 1975.

\_\_\_\_\_. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 1995, p. 187-220.

THOMPSON, Simon. **The political theory of recognition: a critical introduction**. Cambridge/Malden: Polity Press. 2006.

TIBURCIO, Carmen. A EC n° 45 e temas de direito internacional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n° 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121-139.

TULLY, James. **Strange multiplicity: constitutionalism in the age of diversity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

VENTURA Míriam. **A transexualidade no tribunal: saúde e cidadania**. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

VICKERS, Lucy. **Religious freedom, religious discrimination and the workplace**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, n. 42, São Paulo, p. 53-97, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Constituição e a sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191-216.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67-68.

\_\_\_\_\_. Que reforma? **Revista de Estudos Avançados da USP**, v. 18, p. 195-207, 2004.

WADDINGTON, Lisa. Reasonable accommodation: time to extend the duty to accommodate beyond disability? **NTM|NJCM-Bulletin**, v. 36, n. 2, p. 186-198, mai. 2011.

\_\_\_\_\_. Reasonable accommodation. In: BELL, Mark; SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa (Orgs.). **Cases, materials and text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law**. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 629-756.

\_\_\_\_\_. When it is reasonable for europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is 'reasonable' from a comparative perspective. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 29, n. 3, p. 317-340, 2008.

WALZER, Michael. **Politics and Passion**: toward a more egalitarian liberalism. New Haven: Yale University Press, 2004.

WOEHLING, José. L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. **McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill**, v. 43, p. 357-359, 1998.