

ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: O NOVO CONCEITO SOB AS LENTES DE UMA GRAMÁTICA CONSTITUCIONAL INCLUSIVA¹

Letícia de Campos Velho Martel

*Da Perfeição da Vida
Por que prender a vida em conceitos e normas?
O Belo e o Feio... O Bom e o Mau... Dor e Prazer...
Tudo, afinal, são formas
E não degraus do Ser!*
(QUINTANA, 2007, p.142).

1 Introdução

Caminhava pelo corredor e pensava na sua conquista. Aos dezessete anos na faculdade de direito. Ao entrar na sala, pode sentir a quietação. O absoluto silêncio. Estranhou a sala, a porta ficava ao fundo. Seguiu, precisava encontrar a cadeira próxima à tomada, para usar o computador. No silêncio persistente, percebeu que alguém se aproximava e oferecia ajuda. Explicou que a sala parecia ao contrário e onde precisava sentar. Gentilmente, a colega o conduziu. Embora nada visse, o estranhamento pairava no ar. As dúvidas também. Em cada colega, em cada professor, sentia a indagação não verbalizada sobre se ele persistiria. Principalmente, sobre se ele não seria uma barreira ao andamento das aulas. Os curiosos chegaram. Pensavam que ele escreveria e leria em braile. Não, nada disso. Sei braile, mas a tecnologia evoluiu e hoje contamos com programas específicos para nós, os cegos. As perguntas seguiam. Como fará com os textos de aula? Simples, são digitalizados pela biblioteca e fornecidos para mim, basta que o professor entregue a lista. Os direitos de autor não são mais um obstáculo para esse trabalho conjunto, professores, bibliotecas, cegos. Para surpresa de muitos, estava ali um acadêmico brilhante, organizado e atento. O rendimento da turma foi mais alto do que as demais. Compreender o fato foi fácil. A presença de um acadêmico cego fez com que os roteiros de leitura fossem disponibilizados com antecedência,

Ver as notas deste texto a partir da página 112.

levou a turma a ser mais quieta, em respeito ao colega que precisava de elevada atenção para ouvir, além de as aulas terem se tornado mais didáticas. O aprendizado foi geral. O convívio ensinou inclusão, reconhecimento e tolerância. Mostrou as suas benesses. Há ainda um senão, que ele espera vencer até o final do curso. Tem muita dificuldade de acesso à jurisprudência de alguns tribunais. Os sistemas usados não são compatíveis com os programas disponíveis aos cegos que compram o *software* com apoio estatal. Mas há promessa de total inclusão até 2012. Ele conta com isso. Nas próximas férias, irá ao museu, já que uma colega descobriu um espaço de arte em um Município próximo que permite que cegos toquem nas esculturas e em algumas obras. Poderá sentir a arte. O mundo começa a se adaptar, pensa.

O raciocínio que fez o estudante é muito acertado. Um mundo adaptável, ajustável, hábil a acomodar e a receber o diverso, o outro invisibilizado por décadas a fio. Sua reflexão é de um mundo construído por seres humanos para todos os seres humanos, universalmente desenhado, sem exigir integração nem assimilação. Um mundo projetado para não deixar à margem aquele que não está exatamente nos contornos do molde, padrão ou arquétipo do humano que a modernidade ocidental espera e vangloria. Um mundo que vai além da acessibilidade e da mobilidade. Pensa num mundo que reconhece, respeita e abre os mais diversos canais de participação e de inclusão, pautado em uma concepção profunda de igualdade e lastreado na dignidade plural.

O que motivou a redação deste artigo foi a necessidade de explorar o conceito de *adaptação razoável*, presente na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (CDPD/ONU).² Junto à locução *ônus indevido*, a *adaptação razoável* confere novo significado jurídico à discriminação da pessoa com deficiência. Tudo em sede constitucional, pois, como se sabe, a adesão brasileira à CDPD/ONU contou com um elemento de ineditismo: foi o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos (TIDH) aprovado na forma do art.5º, §3º da CRFB/88 (BRASIL, 1988), o que torna seus enunciados normativos parte da Constituição formal.

O objetivo é, pois, compreender e discutir os conceitos de adaptação razoável e de ônus indevido, oferecendo premissas para uma interpretação constitucionalmente adequada e útil da inovação normativa. Para tanto, apresentar-se-á um panorama dos conceitos e suas complexidades, com enfoque para os sistemas jurídicos que lhe deram origem (seções 2 e 3). A seguir, propor-se-á uma linha de interpretação e construção dos conceitos no direito brasileiro no quadro dos direitos das pessoas com deficiência (seção 4).

2 Pequenas anotações acerca da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

Aprovada em dezembro de 2006, a CDPD/ONU foi assinada pelo Brasil em março de 2007, em Nova Iorque. Em 2008, passou a integrar a Constituição brasileira, como equivalente às emendas constitucionais, segundo dispõe o art.5º, §3º, CRFB/88 (Decreto Legislativo n. 186, BRASIL, 2008). Primeira Convenção internacional aprovada no milênio, a CDPD/ONU preocupa-se com uma parcela da população que foi e é objeto de discriminação e opressão, as pessoas com

deficiência. Seus lastros são a inclusão, a participação paritária, o gozo de direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, detendo atenção também na justaposição de fatores de exclusão e de discriminação, tais quais as combinações entre gênero, envelhecimento, infância, pobreza e deficiência.

A CDPD/ONU é digna de nota em muitos aspectos. Ela unifica em um documento internacional um feixe de direitos humanos reconhecidos a um “grupo credor de direitos” (FIGUEIREDO, 2010), as pessoas com deficiência, reafirmando a “universalidade, a indivisibilidade, a interdependência” dos direitos humanos. Nesse rumo, a CDPD/ONU estabelece uma gama de conceitos jurídicos, certos deles bastantes inovadores em alguns ordenamentos internos, como as noções de (a) deficiência; (b) discriminação; (c) acomodação razoável.

No que diz à deficiência, CDPD/ONU não perfilhou um aporte unicamente biomédico (i.e. aquele que “sustenta que há uma relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência” no qual “um corpo com deficiência deve ser objeto de intervenção dos saberes médicos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 66-68), conjugando-o a um aporte mais abrangente e até combativo daquele exclusivamente biomédico, o modelo social da deficiência. No ensejo do modelo social, a deficiência “passou a ser compreendida como a experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos” corporais ou psíquicos, cuja causalidade não está nos corpos, mas nas barreiras, obstáculos e opressões sociais. Portanto, a deficiência se desloca da alçada tão-somente biomédica, fundada em mensuração, evidências, tratamento e cura, para uma compreensão moral e cultural de que inúmeros obstáculos estão no exterior dos corpos, no ambiente material e moral que os circunda (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 70). Todavia, o modelo social incorporado pela CDPD/ONU não relega elementos do modelo biomédico, principalmente quanto a direitos fundamentais de acesso, promoção e proteção da saúde.

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” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 70; EMENS, 2008, p. 877). Dois, a CDPD/ONU amplia expressamente o significado de discriminação, compreendendo formas diretas e indiretas, como a discriminação por impacto adverso.

Se havia alguma dúvida sobre a discriminação por impacto adverso figurar no constitucionalismo brasileiro, ela se dissipou. A *doutrina da discriminação por impacto adverso ou desproporcional* foi desenvolvida pela Suprema Corte dos EUA no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (apud SARMENTO, 2006, p. 125; MARTEL, 2007), decidido em 1971. Este modelo de discriminação difere daquela *direta*, na qual o enunciado normativo ou prática administrativa são intencionalmente e em si discriminatórios. A discriminação por impacto adverso ocorre quando medidas

públicas ou privadas que não são discriminatórias em sua origem nem estão imbuídas de intuito discriminatório, acabam por ensejar manifesto prejuízo, normalmente em sua aplicação, a alguns grupos minoritários, cujas características físicas, psíquicas ou modos de vida escapam ao da generalidade das pessoas a quem as políticas se destinam. Apoiadas na *doutrina*, as Cortes invalidam ou excepcionam leis, atos da administração ou até acordos coletivos e normas empresariais, criando uma barreira ao prejuízo oblíquo ensejado para as minorias (SARMENTO, 2006, p. 125; MARTEL, 2007).

Ao assim conceber a discriminação, uma indagação surge: o que é adaptação razoável? O texto da CDPD/ONU oferece uma conceituação:

Ajustamento razoável: significa a modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

(NAÇÕES UNIDAS, 2006a).

Aparentemente, a adaptação razoável não seria um conceito problemático, nem complexo. Trata-se de empregar todos os mecanismos disponíveis para ajustar práticas, materiais, ambientes, regras gerais etc., às diferenças entre as pessoas, para assegurar-lhes igualdade de oportunidades. Porém, o termo razoável insere ambiguidade, pois quais os mecanismos razoáveis? Os existentes? Os ordinários? Os melhores possíveis? E por ônus indevido, o que se deve entender? A expressão refere-se somente a despesas? Nas seções subsequentes buscar-se-á explanar o conceito em outros sistemas jurídicos, para, então, elaborar uma proposta interpretativa no direito brasileiro.

3 Acomodação razoável e ônus indevido – um panorama no direito estrangeiro e internacional

A noção de acomodação razoável originou-se nos EUA, quando da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 (USA, 1972), com o fito de combater a discriminação no mercado de trabalho. O termo foi originariamente utilizado no campo da discriminação religiosa, exigindo ao empregador comprovar que não estaria apto a acomodar razoavelmente as práticas religiosas de seus empregados sem um ônus indevido. Desde então, as expressões acomodação razoável e ônus indevido figuram no direito estadunidense. Porém, foi com a aprovação do *Americans with Disabilities Act*—ADA -, em 1990, que elas ganharam espaço e foram objeto de discussões mais intensas, tanto na doutrina como na jurisprudência (USA, 1990).

O Canadá também pode ser considerado um dos berços da acomodação razoável. Na década de 1970, enquanto os EUA construía o conceito, o Canadá apresentava uma jurisprudência conservadora quanto à discriminação, principalmente por não reconhecer doutrinas como a do impacto adverso. Todavia, o Canadá acabou por importar dos EUA tanto a noção de impacto adverso, como a de acomodação razoável. Singularmente, a construção jurisprudencial da acomodação razoável floresceu mais no Canadá do que nos EUA, convertendo a linha de julgados canadense referência na matéria.

Na última década, muitos países europeus e a UE fertilizaram seus ordenamentos com os conceitos de acomodação razoável e de ônus indevido. Há poucos anos, com a aprovação da CDPD/ONU, eles foram adotados no cenário de proteção global de Direitos Humanos. A longa trajetória dos conceitos e sua difusão por diversos países e sistemas regional e global de proteção de Direitos Humanos parecem indicar uma escolha certa, uma importação bem pensada, com esteio em construções jurídicas delineadas e estabilizadas. No entanto, Waddington demonstra que os conceitos foram forjados de modo muito discutível nos EUA, de sorte que a referência selecionada mostrou-se complexa e duvidosa. As respostas dos países europeus ao desafio de construir os conceitos não são uníssonas, o que torna ainda mais desafiadora sua aplicação (WADDINGTON, 2008, p. 318-319).

Para melhor compreender o assunto, será formulado um panorama dos conceitos nos EUA, no Canadá, em alguns países europeus e na UE. Acredita-se que a incursão tornará possível traçar conclusões sobre o delineamento conceitual, bem como demarcar os pontos mais controversos, evitando, assim, que a leitura brasileira reflita os mesmos altos e baixos, acertos e desacertos enfrentados alhures. O conhecimento dos conceitos em outros sistemas é o primeiro passo para um fértil diálogo jurídico em tempos de transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p. 265), de intensas trocas entre os planos nacionais, regionais e global de proteção de Direitos Humanos. Salienta-se que o Brasil apresenta um diferencial quanto a muitos Estados. Entre nós, os conceitos estão em sede constitucional, o que torna inoportunas muitas discussões estrangeiras concernentes à interpretação legislativa; ao cotejo entre documentos de direito internacional ou comunitário e o ordenamento interno; aos exames de constitucionalidade de leis, além das diferenças entre a seara administrativa e a legislativa.

3.1 *Estados Unidos da América – ou sobre como não ler a Convenção*

A narrativa sobre a acomodação razoável e o ônus indevido no direito estadunidense soa como um exemplo claro de um “*judicial backlash*” (KRIEGER, 2003, p. 340; MALHOTRA, 2007, p. 9). Introduzida legislativamente ainda em um período de efervescência sócio-jurídica dos movimentos em prol direitos civis, a acomodação razoável foi alvo de uma interpretação tímida pela judicatura, aquém do esperado, sobretudo quando consideradas duas decisões em matéria religiosa proferidas pela Suprema Corte em período anterior à adoção do conceito. Em ambas há vestígios do *leitmotiv* da acomodação razoável, sem que, evidentemente, ela seja mencionada:

- (a) no caso *Yoder*, a Suprema Corte decidiu favoravelmente a famílias pertencentes à comunidade religiosa *Amish* que se recusaram a enviar seus filhos para a *high school*, contrariando as leis estaduais que instituíam a compulsoriedade escolar até os 16 anos de idade. Pese embora a alegação do estado sobre a necessidade de educação universal de crianças e adolescentes, a maioria da Corte *acomodou* os interesses em jogo, excepcionando a lei geral para permitir que a comunidade educasse os adolescentes (USA, *Wisconsin v. Yoder*, 1972);
- (b) em *Sherbert v. Verner* a Corte decidiu que a denegação do seguro desemprego obliterava indevidamente a manifestação das convicções religiosas de uma

sabatista que recusara ofertas de emprego que lhe exigiam labor aos sábados, dia de descanso e culto, no qual é vedado o trabalho aos membros da sua denominação. Acomodou, pois, os interesses de agremiação religiosa a enunciado normativo geral, excepcionando-o (USA, *Sherbert v. Verner*, 1963; MARTEL, 2007, p. 33).

Percebe-se que os julgados, não obstante anteriores à adoção legislativa da acomodação razoável, estavam impregnados do seu espírito. Pessoas com pertença a grupos religiosos minoritários que foram adversamente impactadas por leis ou atos administrativos imparciais na origem tiveram seus direitos afirmados e houve elaboração de exceções para reconciliar estilos e escolhas profundas de vida dissonantes do *mainstream*, evitando a discriminação, a integração e a assimilação forçadas pelo poder estatal. Portanto, seria plausível supor que a Suprema Corte seguiria uma trilha similar na interpretação da acomodação razoável e do ônus indevido, já que legislativamente instigada.

Não aconteceu. As razões são difíceis de identificar, e aqui não cabe conjecturar a respeito, mas suspeita-se que a Corte talvez estivesse receosa dos reflexos da acomodação razoável em matéria religiosa nas relações trabalhistas de cunho privado sobre a separação entre Igreja e Estado. Nesse sentido, a Corte adotou posturas deveras restritivas, especialmente quanto: (a) à verificação dos custos e ônus a serem enfrentados pelos empregadores, realizada mediante o *de minimis test*, i.e, qualquer custo além do mínimo configura um ônus indevido; (b) à leitura do princípio da igualdade, acanhada e formal; (c) à interpretação restritiva sobre os sujeitos passivos do dever de acomodar; (d) à distorção da interpretação dos textos normativos, tanto acerca de sua redação, quanto à sua história legislativa (USA, *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 1977; USA, *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 1986).

Na interpretação dos textos normativos, chama a atenção o fato de a Suprema Corte ter separado os termos razoável, qualificativo de acomodação, da locução ônus indevido. O exame do ônus indevido apenas entrará em cena se o empregador não estiver apto a oferecer *qualquer* acomodação *que repare* razoável. Em assim sendo, uma proposta de acomodação, ainda que não aceita por quem a solicitou – pela sua insuficiência, ineficácia ou por ensejar perdas salariais ou de benefícios na relação de emprego ou até mesmo por ser estigmatizante – é genericamente razoável, sem que se possa exigir que o sujeito passivo do dever de acomodar incorra em custos extras para obtenção de uma acomodação mais adequada para os envolvidos. Uma vez razoável, sequer é exigida a prova do ônus indevido. Além disso, uma acomodação pode ser reputada não razoável em si, independentemente dos custos, como será visto adiante.

Com a aprovação do ADA (USA, 1990), poder-se-ia esperar uma renovação jurisprudencial sobre a acomodação razoável, agora aplicável às pessoas com deficiência. Todavia, os magistrados entenderam que, se o legislador optou por termos já definidos nas decisões em matéria religiosa, a intenção seria manter a linha existente. A interpretação restritiva persistiu. Pior, uma nova leitura, calçada em elementos da escola *law and economics*, constrangeu ainda mais o alcance da acomodação razoável.

A muito criticada decisão foi proferida pelo *Chief Judge* Posner, em sede de apelação do caso Vande Zande. A Sra. Lori Vande Zande ficou paralisada da

cintura para baixo. Cadeirante, intermitentemente apresentava escaras que exigiam afastamento do trabalho. O primeiro aspecto analisado na lide foi se as escaras estavam englobadas no conceito legal de deficiência. Embora elas não sejam uma deficiência, eram por ela ocasionadas. Por conseguinte, foram consideradas como parte da deficiência, o que ensejaria o dever de acomodar razoavelmente até o limite do ônus indevido. Como acomodações, Vande Zande fez dois pedidos ao empregador, o estado de Wisconsin: (a) o rebaixamento de uma pia de cozinha, para que ela pudesse lavar sua xícara de café, servir-se um copo d'água, enfim, utilizar os serviços de cozinha como os seus demais colegas.³ Ela acessava apenas a pia do banheiro, na qual realizava as atividades que gostaria de efetuar na cozinha. Para ela, usar o banheiro não interferia diretamente no seu trabalho, mas havia um dano moral, um padrão de estigmatização no ambiente laboral; (b) a restituição de 16,5 horas de licença saúde que ela teve de ocupar em razão de o empregador recusar-se a permitir que ela trabalhasse integralmente em casa durante oito semanas (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Ao interpretar o ADA, Posner entendeu que o enunciado normativo oferece um conceito duplo e amplo de deficiência, abarcando (a) a disfunção física ou psíquica que limita substancialmente uma ou mais atividades relevantes na vida do indivíduo; (b) o estado de ser considerado debilitado, fragilizado ou *defeituoso* ao observador externo. Para definir a acomodação razoável e o ônus indevido, Posner buscou guarida em casos anteriores. Por acomodação no ambiente de trabalho, entendeu que “o empregador deve estar disposto a considerar alterações em suas regras, termos, condições e instalações normais de trabalho, para possibilitar o trabalho de um indivíduo com deficiência” (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Segundo Posner, a dificuldade residiria em definir o termo razoável. Para a demandante, razoável seria a acomodação *eficaz* para o indivíduo. Os custos não entrariam na definição de razoável, mas de ônus indevido. Posner discordou. Sugeriu que razoável fosse interpretado como uma adjetivação que enfraquece acomodação, ou seja, no sentido que a palavra é aplicada no direito civil (*e.g.*, esforço razoável, diligência razoável), indicando um empreendimento ordinário, sem significar a realização do máximo possível ou do máximo desejável (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

A locução ônus indevido, que havia sido interpretada pelo juiz de primeira instância como o que onera um empregador indevidamente segundo a sua capacidade econômica, foi lida por Posner como a junção de dois elementos: (a) os benefícios para a pessoa com deficiência; (b) os recursos do empregador. Na concepção de Posner, o exame dos custos entra em cena em um segundo momento, no qual quem requisita a acomodação deve demonstrar que ela é: (a) eficaz e (b) proporcional aos custos. Já o sujeito passivo do dever de acomodar pode apresentar duas escusas: (a) custos excessivos em relação aos benefícios e (b) impossibilidade diante de sua real condição financeira (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Sobre o pedido da Sra. Vande Zande, Posner concluiu que, no que toca ao rebaixamento da pia, não havia necessidade de acomodação, uma vez que ela contava com outra pia igualmente eficaz, a do banheiro. Portanto, ela já contava com uma acomodação razoável:

Ao contrário, seu argumento é que forçá-la a usar a pia do banheiro para atividades (como lavar sua xícara de café) para as quais os outros empregados poderiam usar a pia da cozinha estigmatiza-a como diferente e inferior; ela busca uma indenização por danos pelo estresse emocional daí resultante. Nós podemos presumir sem ter que decidir que o estresse emocional tanto quanto as barreiras físicas à integração de pessoas com deficiência no mercado de trabalho são relevantes para determinar a razoabilidade de uma acomodação. Mas nós não pensamos que um empregador tenha o dever de despendar mesmo quantias modestas de dinheiro para angariar uma identidade absoluta de condições de trabalho entre trabalhadores com e sem deficiência. A criação de tal dever teria a inevitável consequência de considerar-se uma falha em atingir condições idênticas “estigmatizante”. Isso é meramente um epíteto. Nós concluímos que acesso a uma pia específica, quando o acesso a uma pia equivalente, localizada convenientemente, é proporcionado, não é o dever legal de um empregador. O dever de acomodação razoável é satisfeito quando o empregador faz o que é preciso para habilitar um empregado com deficiência para trabalhar com conforto razoável.

(USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

Como o destinatário do dever de acomodar era o estado de Wisconsin, que dificilmente poderia alegar ônus indevido em função de cento e cinquenta dólares, a interação formulada entre os conceitos de razoabilidade e de ônus indevido leva a crer que mesmo quantias modestas podem ser negadas se a acomodação não for razoável (SUNSTEIN, 2007, p. 8).

Quanto à possibilidade de a demandante trabalhar em casa se necessário, Posner recusou, partindo de uma série de pré-concepções, como a dificuldade de supervisionar o empregado, os prejuízos para o trabalho em equipe, o impacto nos colegas, a diminuição da qualidade do trabalho. Além disso, indagou se a permissão para o trabalho em casa não causaria uma diminuição do dever de acomodar, pois os empregadores poderiam adotar a primeira opção para não ter de realizar modificações no ambiente laboral, segregando as pessoas com deficiência (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995).

O julgado causou polêmica em diversos pontos: (a) a ausência de uma efetiva análise de custos e benefícios (SUNSTEIN, 2007); (b) a interpretação limitada dos benefícios, especialmente os danos morais ou de estigmatização (SUNSTEIN, 2007; EMENS, 2008; MINOW, 2008); (c) a leitura limitante dos princípios subjacentes ao ADA (SUNSTEIN, 2007, 2008).

A análise de custos e benefícios possui virtudes e vícios. No primeiro grupo, estão (a) a exposição de que a recusa de acomodação pode ser produto de mero hábito ou preconceito; (b) a demonstração dos benefícios potenciais aos sujeitos do direito e dos custos aos destinatários do dever; (c) a indicação de suposições ou pré-concepções irreais. No segundo, estão: (a) seu fulcro pode ser um intuícionismo não comprovável, ao invés da busca de elementos de realidade; (b) a possibilidade de desconsideração de um aspecto crucial na seara da discriminação, os custos da humilhação diária, da desigualdade e da estigmatização (SUNSTEIN, 2007). O julgado, como afirma Sunstein, é a tradução dos vícios de uma análise de custos e benefícios, pois minimiza os significativos custos da estigmatização e da segregação diárias das pessoas com

deficiência (SUNSTEIN, 2007, p. 2). Ademais, a decisão repousa em intuições sobre o trabalho em casa. Ora, em uma análise séria de custos e benefícios sobre a acomodação razoável, não contam somente os fatores econômicos – necessariamente comprovados ou simulados segundo cálculos verossímeis – entram também os custos do estigma e os benefícios de inclusão, não apenas de quem solicita a acomodação, mas de terceiros (SUNSTEIN, 2007, p. 2-4; EMENS, 2008).

O tema dos benefícios inspirou Emens (2008) em um longo estudo. Emens descarta a hipótese de os benefícios atingirem apenas o indivíduo que requer a acomodação, demonstrando que eles podem se alastrar para o sujeito passivo do dever de acomodar, para partes secundárias e terceiros, direta ou indiretamente. O modo de encarar os benefícios deve ser menos atomista e mais pervasivo, interativo, relacional e coletivo, o que modifica e dificulta questão empírica dos custos e benefícios (EMENS, 2008, p. 843; MINOW, 2008). Na decisão de Vande Zande, Posner enfatizou os benefícios para a empregada e os custos para o empregador, deixando de lado benefícios a outros empregados com deficiência, aos demais empregados, a terceiros fora do ambiente de trabalho e, eventualmente, ao próprio empregador. Tal seria uma concepção estática da acomodação, pois a “compreende como algo especial feito para um ou para poucos indivíduos, um subgrupo da população, para tornar possível a esses indivíduos diferentes participar, por exemplo, do ambiente do trabalho”. A proposta é de um modelo dinâmico de acomodação, que “compreende a acomodação como um processo de interrogar o pano de fundo existente, com foco na parcela da população que foi negligenciada na criação do pano de fundo, para transformá-lo de um modo que possa afetar a todos” (EMENS, 2008, p. 894). Em assim sendo, há uma gama de benefícios e também de custos a serem contabilizados, muitos de cunho não-econômico.

Por fim, há indicativos de que o objetivo do ADA foi desvirtuado em Vande Zande. No caso, fica implícita a leitura de que a finalidade do ADA seria economizar recursos públicos, ao retirar pessoas da alçada da previdência e da assistência sociais (USA, *Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.*, 1995; USA, *Borkowski v. Valley Central School District*, 2002a; EMENS, 2008, p. 870). Sunstein nega enfaticamente que o intuito do ADA aí resida. O ideário subjacente ao ADA é a inclusão das pessoas com deficiência, anteriormente inferiorizadas, uma casta menor. Portanto, é a luta pela igualdade profunda, pelos direitos humanos universais, pela justiça (NUSSBAUM, 2007) e pluralidade. Trata-se de inclusão não assimilacionista, além da simples integração, que reconstrói e reordena os padrões de arquitetar os ambientes, de criar as regras de funcionamento no trabalho, na escola, na universidade, enfim, a intenção é fazer-nos perceber que montamos as estruturas físicas e normativas que nos cercam mediante um arquétipo de *normalidade* que cria barreiras a milhares de pessoas. Em suma, um propósito anticasta (SUNSTEIN, 2001, p. 155-182; 2008, p. 21) de criar obstáculos à opressão, não ao humano.

Sobre a aplicação da acomodação razoável no contexto do ADA, houve pelo menos mais um caso importante, deslindado pela Suprema Corte, que sustentou a leitura restritiva quanto aos sujeitos passivos do dever de acomodar ao excluir os sindicatos do seu espectro e ao recusar a possibilidade de acomodação caso ela afetasse acordos coletivos ou planos de cargos e salários. Além disso, a Corte claramente rejeitou a interpretação da palavra *razoável* como indicativo da eficácia da acomodação, tomando trajeto similar ao formulado por Posner, i.e.,

a acomodação deve ser eficaz, ao passo que a palavra razoável é um modificador que fragiliza o primeiro termo da locução. Para agravar, a Corte não considerou o porte do empregador ao apreciar se os custos seriam ônus indevido (USA, *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, 2002b).⁴

3.2 *Canadá—um belo mosaico*

No Canadá, a construção do conceito de acomodação razoável nasceu entrelaçada ao transplante da doutrina estadunidense do impacto adverso. Reconhecido o impacto adverso, haverá o dever de acomodar razoavelmente, salvo se houver um ônus indevido comprovado por quem detém o dever. A casuística lida principalmente com a acomodação de minorias religiosas. Seu marco inicial é o caso *O'Malley* (CANADA, *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, 1985b), no qual há indícios de que a esteira decisória seria diversa da dos EUA.⁵

Em primeiro lugar, a Corte canadense tornou claro que o vocábulo razoável, ligado à acomodação, deveria ser concebido como dependente da prova de ônus indevido, isto é, em havendo ônus indevido, a acomodação tornar-se-ia não razoável. Dessarte, enquanto nos EUA a acomodação pode ser considerada não-razoável em si, mesmo que os ônus sejam mínimos, no Canadá a acomodação deixará de ser razoável *se e somente se* houver prova de que causará ônus indevido a quem deve acomodar (MALHOTRA, 2007, p. 12).

Em segundo lugar, a Corte canadense estabeleceu seis fatores a serem considerados na aferição do ônus indevido no ambiente de trabalho: (a) custos financeiros; (b) impacto em acordos coletivos conquistados pelos trabalhadores; (c) questões relativas à disposição e ao ânimo do empregado para o trabalho; (d) permutabilidade da estrutura material de trabalho e da organização dos trabalhadores; (e) porte do empregador; (f) segurança. Em situações concretas, analisa-se o *peso* que será conferido a cada um dos fatores (CANADA, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta*, 1990).

Em terceiro lugar, a Corte canadense não restringiu o leque de sujeitos passivos do dever de acomodar. A Suprema Corte dos EUA foi refratária à inclusão de outros sujeitos além dos diretamente expressos nos enunciados normativos, especialmente pessoas de direito privado. No Canadá, partícipes dos processos de discriminação, ainda que adversa e não-intencional, como sindicatos e condomínios residenciais, foram reputados sujeitos passivos do dever de acomodar ou de deveres assemelhados (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992; CANADA, *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004).

Ao interpretar extensivamente os sujeitos passivos do dever de acomodar, a Corte deu um passo verdadeiramente interessante quanto ao *procedimento* para a chegada à acomodação razoável. Ela o compreendeu como um espaço dialógico, no qual todos os implicados participam. Assim sendo, aquele que solicita a acomodação tem o dever de explicitar quais são suas limitações e necessidades e, se possível, apontar alternativas. O destinatário da demanda tem o dever de oferecer propostas razoáveis, que, se realmente o forem, o demandante tem o dever de facilitar e contribuir para a sua implementação. Segundo a Corte: “discriminação no ambiente de trabalho é

uma questão que respeita a todos” (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992). Então, *em quarto lugar*, percebe-se que a busca pela acomodação razoável traduz-se em um processo de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo.

Ao englobar uma entidade de classe no dever de acomodar, a Corte deixa patente que este tipo de entidade pode também ensejar discriminação, quer direta, quer por impacto adverso. Embora a elaboração teórica não esteja formulada nas palavras da Corte, nota-se que se faz presente a noção tripartite estruturada Nancy Fraser, que suscita a necessidade de, em demandas por justiça e inclusão, aliar reconhecimento, redistribuição e paridade de representação (FRASER, 1996). Ora, sindicatos são associações de classe com ligação direta ao tema da redistribuição em sociedades capitalistas. Supor que eles não podem ocasionar demandas por reconhecimento é supor que sua estrutura representativa é designada a grupos inteiramente homogêneos, cujas exigências de inclusão, autorrespeito e dignidade são exatamente as mesmas, ou, pelo menos, supor que elas são cenários de participação muito paritária. Tanto a casuística dos EUA quanto a do Canadá indicam que nem sempre os sindicatos serão tão imparciais e representativos assim. Arquiteturas de exclusão sociais, desejadas ou não, podem se reproduzir em microescala nas entidades de redistribuição. O só fato de estarem em uma associação de classe não quer dizer que os trabalhadores que *pertencem* a grupos minoritários tenham suas demandas de reconhecimento levadas em consideração, tampouco que estejam efetivamente em posição de participação paritária.

Em quinto lugar, a Suprema Corte do Canadá enfaticamente se recusou a adotar os padrões constitucionais estadunidenses de leitura do ônus indevido a partir do *de minimis test*, por duas ordens de razões: (a) o *de minimis test* não se coaduna ao conceito de ônus indevido formulado pela Corte; (b) a dicção normativa não é *ônus*, mas um ônus qualificado, indevido. Ora, o *de minimis* leva ao reconhecimento do ônus apenas. Ônus haverá. É o custo de proteger os direitos fundamentais e de esquadriñar uma sociedade inclusiva (CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992; CANADA, *Commission Scolaire Régionale de Chambly v. Bergevin*, 1994). O que não pode haver é ônus excessivo:

O teste de minimis de Hardison virtualmente remove o dever de acomodar e parece particularmente inapropriado no contexto canadense. Mais do que um esforço insignificante é exigido para cumprir o dever de acomodar. O uso do termo “indevido” implica que algum ônus é aceitável, é somente o ônus “indevido” que cumpre o teste. A extensão que quem discrimina deverá percorrer para acomodar é limitada pelas palavras “razoável” e “até o ônus indevido”. Esses não são critérios independentes, mas modos alternados de expressar o mesmo conceito. O que constitui medidas razoáveis é uma questão de fato e irá variar com as circunstâncias do caso.

(CANADA, *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, 1992, grifou-se).

Em decisões mais recentes, a Suprema Corte tentou refinar sua leitura da acomodação razoável, principalmente ao cotejar a razoabilidade de uma acomodação e o mundialmente conhecido exame de proporcionalidade. Houve dois momentos na comparação entre acomodação razoável e proporcionalidade. No primeiro, a Corte

ligou um dos passos do teste à acomodação razoável. Na interpretação da Corte, ao examinar a existência de meios menos lesivos aos direitos constrictos (*minimal impairment*), há possibilidade de analisar se a situação admite uma acomodação razoável. Em havendo a acomodação e não comprovado o ônus indevido, aí estará o *minimal impairment* para os adversamente atingidos por medidas que, vislumbradas em sua generalidade e abstração, seriam igualitárias e proporcionais. Logicamente, não se exige da administração pública e do legislador que antevejam todo e qualquer possível impacto adverso de um ato normativo sem intenção discriminatória e que de modo geral não enseja ablação de direitos à maioria das pessoas. Contudo, o Judiciário, se confrontado com um impacto adverso estaria autorizado a, no apreço da proporcionalidade, buscar um meio menos lesivo aos direitos impactados adversamente, reconhecendo um dever de acomodar razoavelmente até o limite do ônus indevido:

Essa correspondência do conceito de acomodação razoável com a análise de proporcionalidade não é sem precedentes (...).

*No meu ponto de vista, essa correspondência entre os princípios legais é lógica. Em relação à discriminação, as cortes têm sustentando que há um dever de fazer a acomodação razoável para indivíduos que são adversamente afetados por uma política ou regra que é neutra à primeira vista, e que esse dever estende-se somente até o ponto no qual causa ônus indevido à parte que deve realizá-lo. Ainda que não seja necessário revisar todos os casos na matéria, a analogia com o dever de acomodação razoável parece-me útil para explicar o ônus que resulta do teste de meio menos lesivo com respeito a um indivíduo particular, como no caso em julgamento. No meu ponto de vista, o Professor José Woehrling explicou corretamente a relação entre o dever de acomodar ou adaptar e a análise de *Oakes* na seguinte passagem: 'qualquer um que tente desonerar-se do dever de acomodar deve demonstrar que é necessário, para atingir um objetivo legislativo legítimo e importante, aplicar o padrão em sua inteireza, sem as exceções buscadas pelo demandante. Mais especificamente, no contexto da seção 1 da *Carta Canadense*, é necessário, ao aplicar o teste de caso *R. v. Oakes*, demonstrar, sucessivamente, que aplicar o teste em sua inteireza constitui um meio racional para atingir o objetivo legislativo, que não há outros meios disponíveis que seriam menos intrusivos em relação aos direitos em questão (teste do meio menos lesivo), e que há proporcionalidade entre os efeitos salutares e restritivos da medida. Em um nível conceitual, o teste do meio menos lesivo, que é central para a análise da seção 1, corresponde em boa parte à defesa do ônus indevido contra o dever de acomodação razoável no contexto da legislação de direitos humanos.*

(CANADA, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006, grifou-se).

A correlação entre acomodação razoável e proporcionalidade tornou-se nebulosa em julgado mais recente, pois foram concebidas como testes constitucionais distintos. O padrão da acomodação razoável deveria ser utilizado quando da análise da aplicação de uma lei ou do apreço de atos e práticas administrativas, abrangendo tanto entes públicos quanto privados. Já o exame de proporcionalidade caberia em contextos

menos individualizados sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos, abarcando a relação do legislador com os destinatários da lei. Além disso, um dos passos da proporcionalidade – o emprego do meio menos lesivo ao direito em jogo (*minimal impairment*) foi distinguido de acomodação razoável:

Meio menos lesivo e acomodação razoável são conceitualmente distintos. Acomodação razoável (...) prevê um processo dinâmico no qual as partes – comumente o empregador e o empregado – ajustam os termos da sua relação em conformidade com as exigências da legislação de direitos humanos, até o ponto no qual a acomodação passe a significar ônus indevido para a parte que acomoda (...).

Uma relação de tipo bastante diverso existe entre a legislatura e o povo sujeito às leis. Pela sua própria natureza, leis de aplicação geral não são talhadas para as necessidades únicas de demandantes individuais. (...). A constitucionalidade de uma lei sob a seção 1 da Carta é determinada, não pelo fato de ser responsiva às necessidades singulares de cada demandante particular, mas pelo fato de a restrição dos direitos da Carta ser dirigida a um objetivo importante e por seu impacto total ser proporcional. Ainda que o impacto da lei sobre demandantes individuais seja indubitavelmente um fator significativo para a corte considerar ao determinar se a restrição é justificada, a perspectiva última da corte é social. A questão que a corte precisa responder é se a restrição à Carta é justificável em uma sociedade livre e democrática, não se um arranjo mais vantajoso para um demandante particular poderia ser previsto.

Semelhantemente, ‘ônus indevido’, um conceito pivô na acomodação razoável, não é facilmente aplicável a uma legislatura na edição de leis (...).

Em resumo, quando a validade de uma lei geral está em causa, a acomodação razoável não é um substituto apropriado para uma devida análise segundo a seção 1, baseada na metodologia de Oakes.

(CANADA, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

Nota-se que a maioria da Corte elaborou uma distinção significativa entre a proporcionalidade e a acomodação razoável. A primeira seria destinada ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos gerais e abstratos, confinada a uma ideia publicista. A segunda, a práticas administrativas públicas e privadas, nas quais caberia uma maior individualização. Como resultado, são praticamente inviabilizadas demandas de acomodação razoável quando se tratar de leis ou atos normativos dotados de generalidade e abstração. Com isso, a leitura *majoritária* extraiu o legislador do alcance do dever de acomodar (CANADA, *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009).

Nada obstante a última decisão e suas possíveis consequências, a linha decisória da Suprema Corte do Canadá sobre a acomodação razoável de minorias religiosas é muito rica, tanto na definição conceitual, como em sua abrangência e escopo. A interpretação dos ideais de proteção e promoção da igualdade e da dignidade para uma sociedade edificar-se sobre bases plurais e interculturais, um autêntico mosaico inclusivo, parece ter medrado muito mais no Canadá do que em outros países ocidentais. A abertura na construção constitucional inclusiva favoreceu

a expansão do conceito de acomodação razoável para o âmbito da deficiência em termos muito mais interessantes e frutíferos do que o modelo estadunidense, um “contraste dramático” em relação ao Canadá (MALHOTRA, 2007, p. 14).

Em matéria de deficiência, há inúmeras decisões canadenses sobre acomodação razoável, boa parte em sistemas de arbitramento administrativo. Consoante estudiosos, a leitura foi tão sofisticada quanto a formulada sobre a acomodação religiosa: “a jurisprudência sobre os direitos das pessoas com deficiência aplicou a decisão da Suprema Corte do Canadá em *Dairy Pool* no sentido de oferecer acomodações razoáveis para empregados com deficiência de formas cada vez mais complexas e sofisticadas” (MALHOTRA, 2007, p. 15-16).

Para finalizar, cumpre esclarecer que a Corte reviu à unanimidade as distinções entre a *discriminação direta* e a *por impacto adverso*. Até então, a Corte separava as duas hipóteses, aplicando padrões e remédios diversos para cada uma. A Corte entendeu que uma nova abordagem se fazia necessária para os casos de discriminação e a correlata acomodação, adotando um novo padrão de exame da discriminação e da acomodação razoável, com a finalidade de simplificar as linhas interpretativas da legislação canadense e de depurar a abrangência da acomodação razoável. Todavia, registrou o quão importante foi a existência dos padrões anteriores, primordialmente a linha decisória que reconheceu e desenvolveu as noções de impacto adverso e de acomodação razoável (CANADA, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, 1999).

3.3 Estados Europeus e União Europeia

A acomodação razoável não fazia parte dos ordenamentos jurídicos dos países europeus até meados do ano 2000, quando foi adotada a Diretiva de Igualdade no Emprego pelo Conselho da União Europeia (Directiva 2000/78/CE, UNIÃO EUROPEIA, 2000; WADDINGTON, 2008, p. 317). A partir daí, espalhou-se pelos ordenamentos internos, além de ter se fortalecido com a autorização e a celebração, pela União, da CDPD/ONU, em 2007 e 2009, respectivamente (NEVES, 2010, p. 5).

Para explicitar a compreensão dos conceitos nas ordens interna e comunitária, selecionou-se a abrangente pesquisa de Waddington (2008), redigida com o propósito de revelar “como os Estados Membros da União Europeia responderam ao desafio” de aplicar e interpretar o binômio acomodação razoável e ônus desproporcional ou indevido. Waddington identificou que os países empregaram terminologias distintas para acomodação (*e.g.*, adaptação, ajustes, passos, medidas apropriadas) sem que houvesse reflexos salientes. Porém, o termo razoável contou com interpretações bastante diversas. Em poucos Estados, foi utilizado apenas este limitador, noutros, o limitador razoável está lado a lado à expressão ônus desproporcional ou indevido ou outras, análogas. A pergunta então é: quais os significados conferidos a razoável? Como eles interagem com a noção de ônus desproporcional? (WADDINGTON, 2008, p. 323-326).

A autora conclui que há três abordagens sobre a palavra *razoável* e sua interação com ônus indevido: (a) a acomodação será *razoável* se não impuser dificuldades ou custos excessivos para quem detém o dever de acomodar. É usual que a leitura venha acompanhada de um teste mais rigoroso, o ônus desproporcional.

Assim, uma acomodação poderá ser reputada não-razoável, sem que sequer seja aplicado o padrão do ônus. Ou, muito raramente e até difícil de conceber, poderá ser razoável e implicar em ônus indevido. (b) a acomodação será *razoável* se for efetiva, ou seja, colocar o indivíduo que a solicitou em condições de realizar as atividades que deram origem ao pedido. Como defesa, o sujeito passivo da acomodação pode alegar o ônus indevido ou desproporcional; (c) a acomodação será *razoável* se for efetiva para o titular do direito e não impuser inconvenientes ou custos excessivos ao sujeito passivo (WADDINGTON, 2008, p. 339). Face à diversidade de interpretações, Waddington (2008, p. 339-340) conclui que caberá ao Tribunal de Justiça Europeu (TJE) lapidar e determinar a interpretação, homogeneizando as leituras e aplicações.

Até o momento, há três julgados de destaque no campo, dois do TJE e um do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Na decisão do caso Chacón Navas, O TJE não estendeu as proteções contra despedida destinadas aos trabalhadores com deficiência aos que se encontravam doentes, distinguindo a doença e a deficiência (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *Sonia Chacón Navas v Eures Colectividades SA*, 2006). Já no caso Coleman, o TJE entendeu que as proibições de discriminação e de assédio não se aplicam apenas às pessoas com deficiência, mas também àquelas que são cuidadoras primárias de pessoas com deficiência. *In abstracto*, o TJE sustentou a tese de que uma pessoa sem deficiências que é responsável pelos cuidados de uma criança com deficiência pode sofrer assédio no ambiente de trabalho, tanto quanto pode requisitar acomodação razoável. Definiu, ademais, os padrões de ônus da prova quanto à discriminação e à acomodação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, 2008).

Em caso emblemático versando sobre a inaptidão para o Serviço Militar obrigatório julgado em 2009, o TEDH pela primeira vez, como bem esquematiza Kanter (2009): (a) aludiu à acomodação razoável; (b) reconheceu uma violação ao direito de não ser discriminado em função de deficiência; (c) mencionou expressamente a CDPD/ONU (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Affaire Glor v. Suisse*, 2009). Apesar de por em prática o ideário de acomodação razoável, o TEDH não mencionou expressamente o termo no julgado, nem delineou quais formas e leituras ele poderia assumir no caso. Outro ponto importante do julgado, cujas limitações deste artigo não comportam agora discorrer, é a linha demarcativa entre a doença e a deficiência.

4 Adaptação razoável: propostas hermenêuticas à luz de uma gramática constitucional inclusiva

A CDPD/ONU é parte formal da Constituição brasileira. A primeira conclusão que daí se extrai é que todos os enunciados normativos prévios e futuros sobre a deficiência carecem de redação e interpretação conforme o texto magno. Para interpretá-lo, parte-se de uma hermenêutica constitucional inclusiva. Isso significa compreender a Constituição como um marco de ruptura com ambientes sócio-políticos e econômicos repressores, opressores, segregadores e assimilacionistas. Trata-se de um quadro normativo desenhado para quebrar estruturas de poder direto e fático, tanto quanto engrenagens de poder simbólico, no sentido que Bourdieu empresta ao termo (BOURDIEU, 2010, p. 8). Um documento constitucional modelado pela dignidade,

liberdade, igualdade, solidariedade, justiça, participação e pluralidade. Portanto, as diretrizes interpretativas sugeridas têm como base a inclusão e a participação igualitária e digna de todos os seres humanos nos mais diversos espaços.

Frisa-se que a CDPD/ONU foi aprovada como um mecanismo de proteção, promoção e tutela dos direitos das pessoas com deficiência, em uma concepção não apenas biomédica, mas também social da deficiência. É um documento com propósitos inclusivos e emancipatórios, destinado a minimizar barreiras que contribuem ou até formam a assimetria entre humanos. No ponto, concorda-se com Sunstein. A fundação do documento reside no princípio anticasta. Como efeito colateral da proteção dos direitos das pessoas com deficiência pode-se, inclusive, economizar divisas de algumas rubricas dos cofres públicos, mas duvida-se que a rede de proteção e de promoção para as pessoas com deficiência advindas da CDPD/ONU seja destinada prioritariamente à diminuição dos gastos públicos.

Considerações iniciais feitas, passa-se à proposta de interpretação do binômio acomodação razoável e ônus indevido no direito brasileiro. Inicialmente, tem-se que a CDPD/ONU, apesar de parte do bloco formal de constitucionalidade, foi redigida em termos internacionalistas, dirigida aos Estados partes, em seus âmbitos legislativos, executivos e aqueles de “qualquer outra natureza”. Desta sorte, poder-se-ia pensar que a CDPD/ONU adquiriria um caráter de programaticidade, instituindo aos Estados partes compromissos *ad futurum*, sem contar com auto-aplicabilidade. Pese embora a redação ser no futuro e ter existido resistência jurisprudencial à auto-aplicabilidade de cláusulas de TIDHs (STF, ADI 1480-DF/MC, BRASIL, 1996), acredita-se que a atual orientação do STF (STF, HC 87585/TO, BRASIL, 2008). Sobre a compreensão do STF acerca dos TIDHs, (STRAPAZZON, 2009, p. 379-399), aliada à dicção do art.5º, §2º c/c o art.5º, XXV, ambos da CRFB/88 (BRASIL, 1988), confere auto-aplicabilidade a parcela significativa das cláusulas dos TIDHs, excluindo-se apenas aqueles pontos mais sensíveis, cuja concreção depende de complexas políticas públicas, com peculiaridades que escapam à alçada do judiciário, quer em razão dos limites institucionais e da separação de funções estatais, quer em razão da impossibilidade de realização efetiva pela via jurisdicional. A adaptação razoável, como exhibe a casuística estrangeira e internacional, acontece normalmente para excepcionar um ato normativo geral, ou regras gerais de entes particulares, acomodando-os às necessidades de uma pessoa, na singularidade dos obstáculos que um corpo ou uma mente enfrentam. Portanto, é um espaço no qual o órgão judicante poderá ser chamado a atuar sem problemas marcantes, seja pela ausência de previsões na seara legislativa ou na administrativa, seja exatamente para excepcionar os enunciados gerais oriundos destas funções estatais.

A pergunta então é: como se lê o binômio adaptação razoável e ônus indevido na Constituição brasileira? Serão abordados três pontos: (a) os titulares do direito à adaptação; (b) as locuções adaptação razoável e ônus indevido; (c) os sujeitos passivos do dever de acomodar.

Em 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.

Conforme a CDPD/ONU, os titulares são as pessoas com deficiência, à luz de um modelo social aglutinado a componentes do biomédico. Logo, todas as pessoas com deficiência fazem jus à adaptação razoável, desde que possuam as competências, qualificações, títulos, etc., necessários ao cargo, função ou atividade para a qual pleiteiam a adaptação.⁶ Por exemplo, uma pessoa cega não poderá – até o momento – exigir adaptação razoável para a função de motorista de ônibus, eis que não detém, justificadamente, habilidades e certificações exigidas. Mas poderia fazê-lo para assumir o cargo de procurador do estado, caso aprovado em concurso e com as devidas qualificações universitárias. No tema, há um cuidado importante. A deficiência por vezes oblitera integralmente o exercício de algumas atividades, inexistindo uma acomodação razoável apta a ofertar alternativas. Porém, há um sem número de hipóteses nas quais é o hábito arraigado e já irrefletido que leva a imaginar que uma pessoa com determinada deficiência não poderá exercer certas atividades. Não se pode esquecer que um dos propósitos da adaptação razoável é justamente a abertura para a revisão de práticas, hábitos, métodos com quais se molda o ambiente.

De relevo é a atenção às possibilidades de subinclusão e de sobreinclusão (no tema, STRUCHINER, 2005, p. 147 e ss.). Nos julgados comentados nas seções anteriores, anotou-se que há debate sobre a *fronteira* entre a doença e a deficiência, bem como as discussões sobre a possibilidade de cuidadores primários fazerem *jus* à adaptação razoável. Considera-se que o assunto carece de exploração em um sistema caso a caso, evitando tanto a subinclusão, quanto eventual *superinclusão* (e.g., por igualar necessidades muito temporárias advindas de uma doença à deficiência), de modo a distorcer o instituto, tornando-o irrealizável. Entrementes, adianta-se que hipóteses de inclusão de indivíduos não concebidos como pessoas com deficiência sob o modelo biomédico, mas assim reputados pelo novo conceito da CDPD/ONU, será usual inicialmente, pois muitos enunciados normativos infraconstitucionais apresentam-se como regras subinclusivas à luz da CDPD/ONU.

A respeito dos componentes da locução adaptação razoável, entende-se que adaptação se refere a todas as modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações a serem efetuados no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos, desde técnicas, tecnologias, revisão de procedimentos, até exceções no horário e local de trabalho, realização de tarefas, atividades acadêmicas, etc.

O problema está no significado de razoável. Humberto Ávila investigou a jurisprudência do STF e encontrou três acepções: (a) razoabilidade como equidade: diretriz que exige que os enunciados gerais e abstratos sejam apreciados à luz das singularidades do caso concreto, impondo harmonização do enunciado com as particularidades. Indicaria a *justiça particular*. (b) razoabilidade como congruência: é necessário um afinamento entre os enunciados normativos e suas condições externas de aplicação, exigindo-se uma causa real que justifique a adoção do enunciado; (c) razoabilidade como equivalência: atua vinculando duas grandezas, a medida e o critério que a dimensiona (e.g., a pena e o ato cometido) (ÁVILA, 2009, p. 156 e ss.). Usa-se também a razoabilidade como aquilo que é ordinário, corriqueiro.

Na revisão de casos estrangeiros, viu-se que nos EUA a palavra razoável é um limitador de adaptação, em sentido do que é comum exigir-se de alguém. Já no Canadá a concepção foi diversa, e razoável assumiu conotação ampla, como todos os esforços possíveis para adaptar, até o limite do ônus indevido. No contexto europeu, foram três significados, distinguindo-se o que entende o termo como o que é *eficaz* e para o indivíduo ou grupo em questão. Qual concepção é a mais adequada no constitucionalismo brasileiro? De início, crê-se que *não* é a leitura como o que é ordinário, pois ela destrói na raiz o propósito da adaptação, que é o de oferecer alternativas, usualmente por exceção ao que é comum. Seria uma incongruência. Interpretar-se-ia um direito fundamental do modo mais estreito possível, contrariando a técnica recomendada. Dentre as acepções identificadas por Ávila (2009), acredita-se que a razoabilidade como equidade é a que mais se aproxima da adaptação razoável, uma vez que indica o amoldamento de enunciado geral e abstrato às particularidades do caso. Nesse primeiro sentido, o termo razoável só será um limitador de adaptação se esta não contar com eficiência alguma.

Ademais, no apreço do que é razoável, poder-se-ia lançar mão da razoabilidade como congruência, pois ela permitiria notar se a medida pode ser excepcionada segundo as causas que a embasam (*e.g.*, quando a deficiência e a adaptação em pauta diminuem aquém do mínimo os graus de segurança que apóiam a medida). O razoável seria então outro limitador da adaptação, *i.e.*, haveria enunciados gerais que não admitiriam algumas exceções, pois haveria significativa diminuição da sua finalidade (*e.g.*, saúde, segurança, igualdade). O exame *aproximar-se-ia* de uma das etapas da proporcionalidade, a necessidade, na qual se analisa se o meio escolhido é o que impacta menos os direitos fundamentais, consoante os fins pretendidos. Todavia, o resultado não seria necessariamente a corrente invalidação no todo do ato normativo (*e.g.*, inconstitucionalidade, ilegalidade...), mas a proposição de situações intermediárias para as hipóteses, como pode ocorrer nas chamadas *decisões intermediárias* (no tema, CERRI, 2001, p. 84 e ss.).

Embora a razoabilidade como congruência seja uma das acepções do razoável, propõe-se que esta aferição ocorra sob o ônus indevido, pois razoável e ônus indevido compõem um binômio, com atuação conjunta. A defesa para a não-acomodação está no ônus indevido, de modo que a análise torna-se facilitada e mais clara no exame dos ônus. Recomenda-se que o termo razoável seja interpretado como o que é *eficaz* para adaptar o ambiente material e normativo às necessidades da pessoa com deficiência com o mínimo de segregação e estigma possível, com atenção às particularidades que tornam possível excepcionar ou flexibilizar enunciados e práticas gerais. *Eficaz* não se restringe apenas a aspectos práticos, pelo contrário, é extensível aos aspectos menos palpáveis, como evitar o estigma, a humilhação, o constrangimento. Por exemplo, em Vande Zande, a razoabilidade foi vista tão-só pelo ângulo prático, negligenciando a diminuição que a trabalhadora sentia ao usar a pia do banheiro para atividades de alimentação. Para refletir sob o ponto, imagine-se a situação oposta: e se Vande Zande tivesse que usar a pia da cozinha coletiva para escovar os dentes ou lavar as mãos após o uso do toailete? Como seus colegas se sentiriam?

Para atingir a acomodação razoável, o procedimento de diálogo é premente. À pessoa com deficiência ou à entidade representativa incumbe apontar as melhores

alternativas, porquanto detêm conhecimento e experiência acerca das barreiras a serem transpostas e dos mecanismos mais hábeis a fazê-lo. É a operacionalização do lema “nada sobre nós, sem nós”. Relevante é que os implicados – por vezes atores secundários, como colegas de aula ou trabalho – sejam partícipes, pelo menos em patamar de esclarecimento, salvo situações de sigilo solicitado (*e.g.*, transtornos mentais). Quem deve adaptar precisa abertura ao diálogo e arca com a prova do ônus indevido.

O ônus indevido é a defesa que permite ao sujeito passivo eximir-se de acomodar e será definido caso a caso, sendo de valia o alvitre da Corte canadense, ônus existirão, eles não podem ser *indevidos*. Por isso, descartável é um teste como o *de minimis*, que atinge apenas o patamar do ônus, ignorando a textualidade. Para o arbitramento, há uma gama de fatores, enfeixados em dois grupos. O primeiro é justamente a finalidade buscada pela medida geral que se pretende excepcionar via acomodação. Se o objetivo da medida for frustrado ou obliterado de modo relevante, o ônus será indevido. Não basta a quem adotou a medida mostrar que ela foi tomada de boa-fé, de modo imparcial e igualitário. A defesa só será completa se for demonstrado que a adaptação bloqueia o fim pretendido.⁷

O segundo, a comparação minuciosa entre custos e benefícios. Mencionou-se que custos e benefícios não se exaurem na questão econômico-financeira (que, claro, entra no *cálculo*, junto ao porte de quem deve acomodar). Sobre os benefícios rememora-se que a acomodação não tem por fito beneficiar apenas um indivíduo, sua *raison d'être* é muito mais vasta, em uma concepção dinâmica (supra, EMENS, 2008, p. 894). Contabilizam-se benefícios diretos e indiretos, levando em consideração as partes primárias e secundárias, bem como terceiros. Dos custos, requer-se atenção àqueles que são atenuados por contrapartidas ou ganhos a quem acomoda, os quais vão desde incentivos, isenções e imunidades estatais, até ganhos por *marketing* de responsabilidade social. Os custos de estigmatização e humilhação são sopesados e também os custos a partes secundárias, se houver (*e.g.*, colegas de trabalho).

Por fim, indica-se quem deve acomodar. Para isso, incumbe reiterar as diferenças do conceito de discriminação segundo a CDPD/ONU: (a) inclui, além das formas tradicionais de discriminação, a por impacto adverso; (b) a negativa em adaptar razoavelmente enseja discriminação, até o limite do ônus indevido. É indiscutível que o Estado, em todas as suas ramificações, é sujeito passivo. Particulares incluem-se na medida em que se vinculam aos direitos fundamentais. No ponto, há dificuldades. Acredita-se que todos os entes privados que exercem funções via concessão, permissão etc., estão contidos no dever, além daqueles cujas atividades são de cunho público, mas permitidos à iniciativa privada. Como exemplo, as empresas de telefonia, de transporte público, escolas e universidades privadas estão vinculadas. É indubitável que os entes que contam com recursos públicos, mesmo que indiretamente, estão abarcados (*e.g.*, assistência social, fundações, OSCIPS). No cenário trabalhista, a CRFB/88 (BRASIL, 1988) entrelaçou os empregadores como sujeitos passivos dos direitos fundamentais, de modo que é possível e justificável estender também os termos da CDPD/ONU, com maior atenção, todavia, à capacidade de cada empregador quanto ao ônus indevido. Organizações sindicais são também partícipes do dever, mormente quando a discriminação advém de seus acordos e convenções. No mais, cabem as diretrizes da

vinculação de particulares aos direitos fundamentais (no tema, SARMENTO, 2005).

Em termos ideais, a atividade legislativa seria relevante para delinear o instituto, mas pensa-se que, enquanto nova legislação sobre a adaptação não for editada, cabe aos órgãos judicantes apreciar caso a caso os sujeitos ativos, passivos, a razoabilidade da adaptação e o ônus indevido, quando o procedimento de diálogo entre os envolvidos for inexitoso. No apreço, importante é tentar, em sede jurisdicional, promover o referido diálogo. Se não for possível, a decisão precisa atentar aos termos da CDPD/ONU, i.e, interpretação conforme a Constituição dos enunciados normativos já existentes para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

5 Conclusões

Para traçar algumas propostas de interpretação do binômio adaptação razoável e ônus indevido no constitucionalismo brasileiro, foram revisitados os principais aspectos do tema em outros ordenamentos jurídicos, com ênfase para aqueles que deram origem aos conceitos. A revisão contribuiu para um diálogo constitucional, permitindo identificar os pontos fortes e fracos da leitura constitucional e internacional.

Como conclusões, realçam-se:

- (a) adaptação razoável é conceito que modifica o conteúdo jurídico da discriminação, que passa a ser configurada caso não haja oferta de adaptação razoável até o limite do ônus indevido;
- (b) as pessoas com deficiência, à luz do modelo social combinado a elementos do biomédico, são titulares de um direito fundamental à adaptação razoável até o limite do ônus indevido nos mais diversos ambientes. Outros sujeitos poderão titularizar o direito fundamental à adaptação razoável, até o limite do ônus indevido, passo de inclusão que deve ser analisado caso a caso;
- (c) adaptação compreende modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações no ambiente material e normativo no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos;
- (d) razoável é a adaptação *eficaz* para o indivíduo ou grupo, incluindo-se na ideia de eficácia a prevenção e a eliminação da segregação, da humilhação e da estigmatização;
- (e) a adaptação razoável há de ser produto de um processo de diálogo entre os envolvidos;
- (f) a defesa à adaptação razoável é o ônus indevido. Em essência, o ônus será indevido quando: (g.1) adotar uma adaptação obliterar *exageradamente* o objetivo da medida geral, ensejando riscos à segurança, saúde, bem-estar etc.; (g.2) no balanceamento de custos e benefícios, a adaptação mostrar-se demasiadamente custosa. Frisa-se que a análise de custos e benefícios não se restringe aos elementos econômicos, nem se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ÁVILA, H. 2009. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros.
- BOURDIEU, P. 2010. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- BRASIL. 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- _____. 2008. **Decreto Legislativo nº186**, de 09 de julho de 2008. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/99423?mode=full&submit_simple=Refer%C3%A7%C3%A3o+Completa>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- CERRI, A. 2001. **Corso di giustizia costituzionale**. 3. ed. Milano: Giuffrè.
- DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W.R. dos. 2009. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 64-77.
- EMENS, E.F. 2008. Integrating Accommodation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 156, n. 4, p. 839-922.
- FIGUEIREDO, I. 2010. **Entre Intocáveis, Bugres e Garotos: o Sistema de Justiça na Consolidação do Paradigma de Direitos**. Tese (Doutorado) – PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- FRASER, N. 1996. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. **The Tanner Lectures on Human Values**. Stanford University. Disponível em: <<http://www.intelligenceispower.com/Important%20E-mails%20Sent%20attachments/Social%20Justice%20in%20the%20Age%20of%20Identity%20Politics.pdf>>. Último acesso em: 17 fev. 2011.
- KANTER, A.S. 2009. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its implications for the rights for the elderly people under international law. **Georgia State University Digital Archive @ GSU**. Disponível em: <http://digitalarchive.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3315&context=colpub_review>. Último acesso em: out. 2010.
- KRIEGER, L.H. 2003. Sociolegal backlash. In: _____. (Ed.). **Backlash against the ADA: reinterpreting disabilities rights**. Michigan: Michigan University. p. 340-393.
- MALHOTRA, R. 2007. 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.
- MARTEL, L. de C.V. 2005. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. 2007. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 9, n. 86, ago./set.
- MINOW, M. 2008. Accommodating integration. In response to Elizabeth F. Emens, *Integrating Accommodation*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 157, p. 1-10.

- NAÇÕES UNIDAS. 2006a. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- _____. 2006b. **Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Doc. A/61/611, Nova Iorque, 13 dez.
- NEVES, A.F. 2010. **Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Européia**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <www.icjp.pt/system/files/Texto_Prof%20Ana%20Neves.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2010.
- NEVES, M. 2009. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes.
- NUSSBAUM, M.C. 2007. **Frontiers of justice: disability, nationality species membership**. Harvard University Press.
- QUINTANA, M. 2007. **Nova antologia poética**. São Paulo: Globo.
- SARMENTO, D. 2005. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. 2006. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, M.N. (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM.
- STRAPAZZON, C.L. 2009. Tratados internacionais, direitos fundamentais e liberdade individual: rupturas e evoluções em 60 anos de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, L. de C.V. (Org.). **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris/UNESC. v. II. p. 379-399.
- STRUCHINER, N. 2005. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito**. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia, PUC-Rio, Rio de Janeiro.
- SUNSTEIN, C.R. 2001. **Designing democracy: what constitutions do**. New York: Oxford University Press.
- _____. 2007. 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**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=959712>>. Último acesso em: 2 fev. 2011.
- _____. 2008. 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.
- UNIÃO EUROPEIA. 2000. Conselho Europeu. **Directiva 2000/78/CE**, de 27 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:pt:PDF>>. Último acesso em: 20 dez. 2010.
- USA. 1972. **Equal Employment Opportunity Act**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/titlevii.cfm>>. Último acesso em: 12 fev. 2011.
- _____. 1990. **ADA**. Disponível em: <<http://www.ada.gov/archive/adastat91.htm>>. Último acesso em: set. 2010.

WADDINGTON, L. 2008. When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding a when disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 29, n. 3, p.317-340.

Jurisprudência

- BRASIL. 1996. STF. ADI 1480/DF/MC. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=185195&tipo=TP&descricao=ADI%2F1480>>. Último acesso em: fev. 2010.
- _____. 2008. STF. HC 87585/TO. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=597891>>. Último acesso em: fev. 2010.
- CANADA. 1985a. Supreme Court. **Bhinder v. CN**, 2 S.C.R. 561. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-561/1985scr2-561.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1985b. Supreme Court. **Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears**, 2 S.C.R. 536. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1985/1985scr2-536/1985scr2-536.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1990. Supreme Court. **Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)**, 2 S.C.R. 489. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1990/1990scr2-489/1990scr2-489.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1992. Supreme Court. **Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud**, 2 S.C.R. 970. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1992/1992scr2-970/1992scr2-970.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1994. Supreme Court. **Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin**, 2 S.C.R. 525. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1994/1994scr2-525/1994scr2-525.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 1999. Supreme Court. **British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU**, 3 S.C.R. 3. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/1999/1999scr3-3/1999scr3-3.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2004. Supreme Court. **Syndicat Northcrest v. Amselem**, 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. Disponível em: <<http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc47/2004scc47.pdf>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2006. Supreme Court. **Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys**, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2006/2006scc6/2006scc6.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- _____. 2009. Supreme Court. **Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony**, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc37/2009scc37.html>>. Último acesso em: 11 out. 2010.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2009. Sentença de 30 de abril. **Affaire Glor v. Suisse**, Petição n. 13444/04.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. 2006. **Sonia Chacón Navas v Eurest Colectividades SA**. Processo C-13/05. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Último acesso em: 20 dez. 2010.

- _____. 2008. **S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law**. Processo C-306/06 (pedido de decisão prejudicial do Employment Tribunal — Reino Unido) Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Último acesso em: 10 jan. 2011.
- USA. 1963. United States Supreme Court. **Sherbert v. Verner**. 374 U.S. 398. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0374_0398_ZO.html>. Último acesso em: dez. 2010.
- _____. 1972. United States Supreme Court. **Wisconsin v. Yoder**. 406 U.S. 205 (1972). Disponível em: <<http://caselaw.l1p.findlaw.com/scripts/getcase.p1.court=us&vol=406&invol=205>>. Último acesso em: 23 maio 2001.
- _____. 1977. United States Supreme Court. **Trans World Airlines, Inc. v. Hardison**. 432 U.S. 63.
- _____. 1986. United States Supreme Court. **Ansonia Board of Education v. Philbrook**. 479 U.S. 60.
- _____. 1995. United States Court of Appeals, Seventh Circuit. **Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin.**, 94-1884, nº. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1372073.html>>. Último acesso em: 10 out. 2010.
- _____. 2002a. United States Court of Appeals, Second Circuit. **Borkowski v. Valley Central School District**. 447, Docket 94-7254. Disponível em: <caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1300394.html>. Último acesso em: 10 out. 2010.
- _____. 2002b. United States Supreme Court. **U.S. Airways, Inc. v. Barnett**. 535 U.S. 391 (2002). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-1250.ZS.html>>. Último acesso em: 12 out. 2010.

NOTAS

1. Agradeço ao Professor Daniel Sarmiento por trazer à minha atenção a relevância do conceito de adaptação razoável. Dedico este artigo aos meus amigos Leonardo, de Criciúma, e Diana e Daniel, do Rio, pessoas que romperam inúmeras barreiras e lutam pela inclusão.
2. Para efeitos deste artigo, acomodação, adaptação e ajustamento são tratados como sinônimos. Na versão em língua portuguesa da CDPD/ONU, utilizou-se “adaptação razoável” e “ajustamento razoável”.
3. É importante destacar que o prédio ainda estava em construção, com projeto anterior ao ADA. Posner entendeu que o ADA não poderia retroagir. O rebaixamento custaria 150 dólares. Wisconsin já havia operado algumas acomodações para Vande Zande, como a construção de uma rampa, a adaptação do banheiro em seu andar de trabalho, a adequação da mobília, pagamento da metade de uma cota de cuidados diários no ambiente de trabalho, o remodelamento da sala de armários dos empregados e o ajuste dos horários de trabalho para a realização de consultas e tratamentos.
4. Ressalta-se que o empregador era uma das maiores companhias aéreas dos EUA à época.
5. No Canadá, há leis e atos normativos da Administração Pública na matéria, além de instâncias administrativas responsáveis pelo equacionamento de demandas de acomodação.
6. Como a adaptação acontece nos mais diversos cenários – escolas, universidades, cursos de capacitação, acesso e progressão no emprego – poderá ser requerida também nos processos de obtenção de certificações, qualificações, progressões. Se não for assim, há risco de formação ou manutenção de um círculo vicioso de exclusão das pessoas com deficiência.
7. Ilustra o ponto o caso *Bhinder*, no qual a Suprema Corte do Canadá entendeu que uma medida geral de segurança no trabalho – o uso de capacetes por pessoas que lidavam com alta tensão elétrica – não poderia ser excepcionada para adaptar um membro de agremiação religiosa que precisava usar um turbante, incompatível com o capacete, pois a segurança seria indevidamente onerada.

ABSTRACT

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, now part of the Brazilian Constitution of 1988, introduced new concepts and approaches into Brazilian Law. This article intends to define and discuss the concepts of reasonable accommodation and undue burden, offering suggestions for a constitutionally adequate and useful interpretation of these new legal norms. Consequently, research was conducted regarding such concepts and their complexities as treated in other legal systems, particularly those that have featured them for some time. An interpretive proposal is then formulated, addressing conclusions and results primarily obtained by eliminating some interpretations adopted in other countries. The conclusion reached is that reasonable accommodation is made possible and effective through measures for the inclusion of people with disabilities, which are obtained through a process of dialogue between the parties involved. The duty to accommodate is limited by the concept of undue or disproportionate burden, comprised of various elements, for which the burden of proof lies with the party whose duty it is to accommodate.

KEYWORDS

Disability – Discrimination – Reasonable accommodation – Undue burden

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, incluida en la CRFB/88 (Constitución de la República Federativa del Brasil), introdujo nuevos conceptos y concepciones en el derecho brasileño. El objetivo de este artículo es comprender y discutir los conceptos de ajuste razonable y carga indebida, ofreciendo premisas para una interpretación constitucionalmente adecuada y útil de las innovaciones normativas. A este respecto, se investigaron los conceptos y sus complejidades en otros ordenamientos jurídicos, en especial los que se emplean desde larga data. A continuación, se formula una propuesta interpretativa. En la misma se ubican las conclusiones y los resultados obtenidos, en especial excluyendo algunas interpretaciones adoptadas en otros países. Se concluye que el ajuste razonable está compuesto por medidas posibles y eficaces para la inclusión de personas con discapacidad, obtenidas mediante el proceso de diálogo entre los involucrados. El deber de ajustar está limitado por la carga indebida o desproporcionada, compuesta por varios elementos y cuya carga probatoria reside en quien tiene el deber de realizar el ajuste.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad – Discriminación – Adaptación razonable – Carga indebida