

LUIZ CARLOS DE ASSIS JUNIOR

DIREITO
FUNDAMENTAL
DAS **PESSOAS**
COM DEFICIÊNCIA
À ADAPTAÇÃO
RAZOÁVEL

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITOS HUMANOS: OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A primeira premissa estabelecida neste estudo é a de que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um tratado internacional de direitos humanos, característica que é evidente no preâmbulo¹ da Convenção.

Sobre os direitos humanos, Luciano Martinez enfatiza que se trata de direitos primário e essenciais com grande motivação axiológica que “acolhem indistintamente homens e mulheres, nacionais ou estrangeiros, numa dimensão universal e supranacional, pelo simples fato de compartilharem a condição humana”². A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aspira validade universal e apresenta direitos axiologicamente voltados para a proteção de pessoas que tenham impedimentos de longo prazo, os quais, em interação com

1 No preâmbulo da Convenção, os Estados Partes “reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e “concordam que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades” estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. *In* Decreto 6.949/2009, que Promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2 MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindiciais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40.

diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. Acima desses impedimentos, está a essência humana de toda pessoa com deficiência, e é sobre essa essência humana que foram erguidos os pilares da Convenção.

O propósito deste primeiro capítulo é investigar como o Direito brasileiro se relaciona e incorpora os tratados internacionais e, em especial, os instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Isso permitirá compreender a posição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Direito brasileiro, especialmente sua natureza jurídica enquanto fonte do direito e as consequências daí decorrentes.

2.1. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 COMO MARCO DO REGIME DEMOCRÁTICO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um marco na transição do regime ditatorial para o regime democrático. Seguindo uma tendência universal do século XX, a CRFB/88 incorporou em seu texto diversos direitos humanos previstos em Declarações de Direitos³.

O processo de transição da ditadura para a democracia compreende a transição entre o regime autoritário para o governo democrático,

3 A Constituição brasileira de 1988 reproduziu diversos enunciados constantes de tratados internacionais de direitos humanos. Por exemplo, no artigo 5º, III, da Constituição, está previsto que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, o que se trata de uma fiel reprodução do Artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; no artigo 5º, LVII, da Constituição, está previsto o *princípio da inocência presumida*, inspirado no Artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e do art. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Sobre essa reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, Flávia Piovesan explica que reflete também a preocupação do legislador brasileiro de equacionar o Direito interno, de modo a ajustá-lo às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

e do governo democrático para o a vigência do regime democrático⁴. Essa segunda fase está em constante desenvolvimento nas relações sociais e políticas no Brasil.

Como marco dessa transição de regime ditatorial para regime democrático, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reuniu os seguintes atributos: instaurou o regime democrático, previu garantias e direitos fundamentais, e dispensou proteção a setores vulneráveis da sociedade, e reservou destaque para os direitos humanos e a relevância da cidadania⁵.

A dignidade da pessoa humana e a cidadania foram elencados como fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, incisos II e III, da Constituição⁶. Esses fundamentos da República e os atributos reunidos pela Constituição acarretaram mudanças internas e uma conseqüente responsabilidade no plano internacional: o ser humano passa a ser o fundamento e fim da sociedade e do Estado.

A valoração, a orientação, a interpretação e a compreensão de todo o sistema constitucional perpassa pelo valor da dignidade da pessoa humana como valor essencial e informador de todo o ordenamento jurídico⁷: sob o prisma histórico, a dignidade da pessoa humana é uma resposta aos problemas do positivismo, especialmente considerando o fim da 2ª Guerra Mundial, quando, até então, a obediência cega da lei justificava a prática de atrocidades contra o ser humano.

A introdução da dignidade da pessoa humana é uma das faces da soma da ética ao direito, que conferiu força normativa aos princípios e garante a valoração da própria norma pelo intérprete-aplicador. A doutrina⁸ explica que a definição de dignidade da pessoa humana

4 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

5 Id. Ibid. p. 24.

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana.

7 PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 27.

8 Cf. CUNHA Jr., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 559-560.

está associada ao reconhecimento de que cada indivíduo é merecedor de igual consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade, razão pela qual possui uma gama de direitos concebidos e garantidos constitucionalmente.

A mudança é percebida desde a organização do texto constitucional: o texto normativo-constitucional inicia-se pelos princípios fundamentais seguidos dos direitos e garantias fundamentais, que incluem, inclusive, os direitos sociais, além dos direitos civis e políticos. Trata-se da primeira Constituição brasileira a incluir os direitos sociais nas declarações de direitos⁹.

Ao se constituir a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana, foi propiciada a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos no Brasil.

2.2. A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Foi a Constituição de 1988 que primeiro alçou o princípio da prevalência dos direitos humanos num universo de princípios que guiam o Brasil em suas relações internacionais ao prever, em seu art. 4º, II, que as relações internacionais das quais o Brasil participar serão baseadas na prevalência dos direitos humanos.

Trata-se da reinserção do Brasil no cenário Internacional, pois, até aquele momento, a ordem constitucional se dedicava à organização política e administrativa do Estado¹⁰. A CF88 estabeleceu a regência do país com base na prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade¹¹.

9 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

10 PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 39.

11 Artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Essa cadeia de valores leva até mesmo ao rompimento da ideia de soberania absoluta¹² para dar lugar à ideia de que só há soberania onde há respeito aos direitos humanos¹³.

O princípio da prevalência dos direitos humanos mudou a forma como o Brasil se insere nas relações internacionais: este princípio contribuiu para que o Brasil ratificasse mais tratados de direitos humanos¹⁴. Por exemplo, em 1992, foi ratificada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José) após ênfase ostensiva sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos, que deve reger o Brasil em suas relações internacionais¹⁵.

Os tratados de Direitos Humanos são importante instrumento da comunidade internacional por meio do qual se tenta melhorar as condições dos indivíduos e garantir-lhes direitos fundamentais no âmbito de cada Estado signatário. Trata-se de um movimento de universalização e internacionalização dos direitos humanos que se iniciou após a Segunda Guerra Mundial.¹⁶

12 Além do respeito aos Direitos Humanos, o exercício exclusivo da soberania também cedeu frente ao fortalecimento do capitalismo mundial: “hoje, em função do fortalecimento do capitalismo mundial, o Estado já não apresenta autoridade política, estruturas e instituições que possam fazer valer plenamente sua soberania no espaço territorial”. DIAS, Daniella S. O futuro do Estado: a soberania estatal em tempos de globalização. In Antônio José de Mattos Neto, Homero Lamarão Neto, Raimundo Rodrigues Santana (Orgs.) **Direitos humanos e democracia inclusiva**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

13 PIOVESAN, Flávia. Op cit. p. 40.

14 A postura do Brasil em suas relações internacionais é também ditada pelas suas relações políticas internas. Comparando-se os períodos da ditadura militar (1964-85) e da democracia (1985-2016), percebe-se que o número de tratados ratificados pelo Brasil é muito maior na democracia, embora os tratados na ditadura militar enfrentem menor tempo de tramitação até sua ratificação. De acordo com Mariana Chaimovich, o menor tempo de tramitação de tratados e a própria ratificação de tratados no período de ditadura militar está relacionado à necessidade de criar aparência de normalidade política no cenário internacional, mas apenas tratados que fossem de interesse do governo militar foram assinados. CHAIMOVICH, Mariana Midea Cuccovia. **Legislativo e Executivo brasileiros na internalização de tratados de Direitos Humanos: convergências e divergências na ditadura e na democracia**. 2017. Tese (Doutorado). Instituto de Relações Internacionais. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 225-227.

15 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

16 Id. *Ibid.* p. 4.

Este movimento parte da concepção de que todos os Estados são obrigados a respeitar e promover os direitos humanos dos seus cidadãos e de qualquer pessoa em seus territórios, e são responsáveis perante a comunidade internacional caso não cumpra suas obrigações de respeitar e promover os direitos humanos¹⁷. Os indivíduos passam a ser considerados sujeitos de direito no plano internacional, e os Estados que não observarem tais direitos poderão ser responsabilizados como “Estado violador” de Direitos Humanos.

Finalmente, o art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixa clara a prevalência dos direitos humanos quando estabelece que “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”.

Todos os direitos que integram o rol de direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, seja a partir da redação originária da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja a partir da ratificação de tratados de direitos humanos, gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º¹⁸, da CF88).

2.3. A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em se tratando de fontes do Direito internacional, a doutrina¹⁹ faz referência ao artigo 38²⁰ da Corte (ou Tribunal) Internacional de

17 Id. *Ibid.* p. 6.

18 Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

19 Cf. GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 90. MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**: uma visão sistêmica do direito internacional dos nossos dias. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 39.

20 **Artigo 38**. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob

O DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL EM SUA ORIGEM E HISTÓRIA: ESTADOS UNIDOS, CANADÁ E UNIÃO EUROPEIA

Os tratados internacionais de direitos humanos têm a pretensão de concretizar em cada país signatário os direitos considerados sensíveis e inerentes à pessoa humana que foram principiados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

A DUDH foi editada como uma Resolução da ONU, de n. 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, como uma “norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações”¹. Não se trata de um tratado, mas de um documento que traça uma diretriz protetiva do ser humano a ser seguida por todas as nações, com a pretensão de alcançar a proteção universal dos direitos humanos.

Seu texto tem sido intensificado, expandido e concretizado a partir de diversos tratados internacionais de direitos humanos aprovados e ratificados por países signatários, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção

1 ONU/BR. Nações Unidas no Brasil. A Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 10.jul.2018.

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O objetivo do presente estudo é compreender e propor a adequada interpretação constitucional no direito interno a ser dada à proteção dos direitos das pessoas com deficiência por meio do direito à *adaptação razoável* frente ao ônus desproporcional, inovações trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Neste capítulo, serão pesquisados os sentidos daqueles termos em países que os empregam muito antes da sua inserção na Convenção e, por isso, podem ser considerados originários das noções de adaptação razoável e do ônus desproporcional. Trata-se do seu uso no Direito dos Estados Unidos, no Canadá e na União Europeia. Isso permitirá reunir bases para a proposta de compreensão e aplicação do direito e do dever de adaptação razoável frente ao ônus excessivo ou desproporcional no Direito brasileiro.

3.1. ESTADOS UNIDOS: DA EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY ACT (EEOA) AO AMERICAN WITH DISABILITIES ACT (ADA) E OS CASOS PARADIGMAS

Em 1964, foi publicado o *Civil Rights Act*. Trata-se de um ato normativo que marcou a história dos Estados Unidos da América por tornar ilegais condutas discriminatórias que vinham sendo praticadas sistematicamente – inclusive com respaldo legal e judicial – há décadas na sociedade americana².

O principal objetivo do *Civil Rights Act* foi proibir a discriminação baseada em raça e gênero, bem como cor, origem e religião. Visou garantir, independentemente de origem e sexo da pessoa, o acesso a direitos políticos, o direito de frequentar livremente locais públicos,

2 AIKEN, J.R., SALMON, E.D. & Hanges, The Origins and Legacy of the Civil Rights Act of 1964. *P.J. J Bus Psychol* (2013) vol. 28. p. 383-399. <https://doi-org.ez10.periodicos.capes.gov.br/10.1007/s10869-013-9291-z>. Acesso em 19.jul.2018. p. 384.

a proibição de segregação escolar, a proibição de discriminação em programas assistenciais, a proibição de discriminação no ambiente de trabalho, e qualquer outra forma de discriminação baseada em raça e sexo.

Apesar de o estudo histórico da discriminação racial e de gênero ocorrida nos Estados Unidos não ser um dos objetivos desta obra, seu breve destaque é importante porque o passar do tempo torna a memória coletiva indiferente às circunstâncias que levaram ao combate à discriminação baseada em raça, origem, sexo, cor, idade e religião. É preciso lembrar que a discriminação já foi institucionalizada e estimulada nas situações mais corriqueiras do dia a dia das pessoas: proibição de frequentar locais públicos, tais como piscinas públicas, proibição de matricular em escolas, de frequentar teatros, restaurantes e hotéis, discriminação no ambiente de trabalho etc.

Sem o destaque daquelas condições sociais que deram origem à legislação contra a discriminação, não é possível perceber seu impacto e efetividade, e, ainda, sua efetividade dá a falsa impressão de que é dispensável. Em 11 de junho de 1963, o Presidente John F. Kennedy discursou acerca do projeto que viria a se tornar o Estatuto dos Direitos Civis de 1964, em que destacou a imposição para que fosse garantida igualdade de tratamento e de oportunidades para todos os cidadãos:

[...] Espera-se que seja possível para cada americano, independentemente de sua cor, receber tratamento igual em locais públicos, tais como hotéis, restaurantes, teatros e mercados, [...] e espera-se que seja possível a cada cidadão americano, independentemente de sua cor, votar livremente nas eleições sem medo de represálias. Espera-se, em resumo, que seja possível para cada cidadão americano gozar dos privilégios de ser um cidadão americano independentemente de sua raça ou sua cor. [...]

Não podemos dizer a dez por cento da população que não podem ter este direito, que seus filhos não podem ter a chance de desenvolver seus talentos, quaisquer que sejam eles. [...]

Isso não significa que cada criança tenha o mesmo talento ou uma mesma habilidade, mas todos devem ter um igual direito e igual oportunidade de desenvolver seus talentos e suas habilidades, de fazer algo que seja seu.³

Nesse contexto, a Lei dos Direitos Civis, de 1964, dos Estados Unidos, teve por objetivo combater a discriminação de forma ampla ao levar em consideração qualquer discriminação relativa a raça, cor, religião, origem étnica, sexo, nos mais variados contextos, incluindo: liberdade para votar (Título I); locais que ofereçam bens e serviços ao público, como hotéis, restaurantes e mercados (Título II); garantia de ação em face do Poder Público em caso de discriminação no acesso aos serviços públicos (Título III); vedação de discriminação no acesso e permanência nas escolas públicas (Título IV); vedação de discriminação no acesso a programas ou atividades financiadas por verba pública (Título VI); e vedação de discriminação nas relações de trabalho (Título VII).

Em sua redação original, o Título VII do *Civil Rights Act 1964* veda a discriminação nas relações de trabalho especialmente baseada em razões de raça, idade e sexo. Não obstante, a Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (EEOC)⁴, ainda em 1964, editou determinação para que fossem respeitadas e adaptadas as necessidades religiosas dos trabalhadores “desde que isso pudesse ser feito sem grave inconveniente (*serious inconvenience*) para a condução dos

3 Tradução livre de trechos do discurso “Radio-and-Television-Report-to-the-American-People-on-Civil-Rights”, proferido pelo então Presidente John F. Kennedy, em 11 de junho de 1963. Disponível na íntegra em <<http://www.hamiltonunique.com/wp-content/uploads/2010/09/Radio-and-Television-Report-to-the-American-People-on-Civil-Rights.pdf>>. Acesso em 19.jul.2018.

4 *Equal Employment Opportunity Commission*, criada pelo Título VII do *Civil Rights Act of 1964*, tem a função de fiscalizar a observância da proibição de discriminação nas relações de trabalho baseada em raça, cor, religião, sexo e origem étnica, bem como garantir a efetividade de leis posteriores que fortaleceram a luta contra a discriminação nas relações de trabalho, tais como, lei sobre a discriminação em razão da idade no trabalho (*the Age Discrimination in Employment Act*), lei sobre igualdade salarial (*the Equal Pay Act*), lei sobre as pessoas com deficiência (*the Americans with Disabilities Act*) e lei sobre a não discriminação baseada em informações genéticas (*the Genetic Nondiscrimination Information Act*). Sobre o EEOC, consultar <<https://www.eeoc.gov/index.cfm>>. Acesso em 19.jul.2018.

seus negócios”⁵, sendo este o marco embrionário da adaptação razoável (*reasonable accommodation*)⁶.

Em 1972, foi promulgada nova Lei nos Estados Unidos que acrescentou a Seção 701(j) no Título VII da Lei dos Direitos Civil de 1964, que expressamente proíbe a discriminação religiosa nas relações de trabalho por meio da exigência de adaptação razoável (*reasonable accommodation*)⁷, trata-se da *Equal Employment Opportunity Act* (EEOA), de 1972.

3.1.1. *Equal Employment Opportunity Act* (EEOA), de 1972, e o sentido de *reasonable accommodation* entre as relações de trabalho e a liberdade religiosa

A Lei de Igualdade de Oportunidade de Emprego (EEOA) de 1972 acrescentou (*amendment*) a **Seção 701(j) no Título VII ao Estatuto dos Direitos Cíveis de 1964. A nova redação acrescenta uma espécie de discriminação religiosa no ambiente de trabalho que é caracterizada pela negativa do empregador de acomodar razoavelmente as necessidades religiosas do seu empregado**⁸.

5 SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. Niterói/RJ: Impetus, 2013. p. 225-226.

6 A tradução de *reasonable accommodation* utilizada nesta tese é a mesma tradução para o português utilizada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, qual seja, *adaptação razoável*. Não obstante, é possível encontrar a utilização dos termos *acomodação razoável* e *ajuste razoável* na literatura brasileira também como tradução livre de *reasonable accommodation*, por exemplo, Cf. SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

7 PREER, Robert M., Jr. Reasonable accommodation of religious practice: the conflict between the courts and the EEOC. **Employee Relations Law Journal**, Summer 1989, pp. 67-99.

8 Prescreve a Seção 703(j) do *Civil Rights Act of 1964*: (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.*

Aí reside a origem positiva da adaptação razoável em contraposição com o ônus excessivo. Será visto como foi inicialmente compreendida e aplicada nas relações de trabalho e liberdade religiosa e, em seguida, sua transposição para as relações envolvendo as pessoas com deficiência.

Dentre as práticas discriminatórias ilegais na relação de trabalho, passou a ser considerada ilegal a inobservância do dever de adaptação razoável (*reasonable accommodation*) das práticas religiosas dos empregados, ressalvado ao empregador o direito de não o fazer caso demonstre que sua implementação causaria um encargo excessivo (*undue hardship*) ao próprio empregador.

Aloisio Cristovam dos Santos Junior comentou o novo dispositivo:

Em 1972, o Congresso dos Estados Unidos acrescentou ao Título VII um dispositivo prevendo expressamente o dever de acomodação. O dispositivo introduzido, cuja redação tem sido objeto de críticas por sua imprecisão, refletiu as diretrizes da EEOC, prevendo que a prática e a observância religiosa dos empregados fossem razoavelmente acomodadas pelo empregador, a menos que este demonstrasse não ser possível fazê-lo sem encargo excessivo (*undue hardship*) para o desenvolvimento dos seus negócios.⁹

O principal problema nos termos *adaptação razoável* (*reasonable accommodation*) e **ônus excessivo** (*undue hardship*) está na compreensão do seu conteúdo. Segundo Robert M. Preer Jr.¹⁰, o propósito da inclusão destes termos na Seção 701(j) do Título VII do Estatuto dos Direitos Civil de 1964 foi de esclarecer a intenção do Congresso em relação ao que se deveria entender como discriminação religiosa proibida. Ocorre que os termos são vagos e o problema de sua compreensão se instaurou.

9 SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam dos. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**: a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho. Niterói/RJ: Impetus, 2013. p. 226.

10 PREER, Robert M., Jr. Reasonable accommodation of religious practice: the conflict between the courts and the EEOC. **Employee Relations Law Journal**, Summer 1989, pp. 67-99. Disponível em <http://link.galegroup.com/apps/doc/A7440748/AONE?u=capes&sid=AO-NE&id=fb888479>. Acesso em 18.jul.2018.

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Este capítulo está dividido em seis partes. A primeira parte desenvolve os modelos da deficiência: o modelo biomédico, o modelo social e o modelo biopsicossocial.

A segunda parte deste capítulo revolve criticamente o panorama legislativo sobre a deficiência no Brasil, destacando como era o regramento dispensado às pessoas com deficiência desde a Constituição 1988 até a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e como a legislação infraconstitucional vem sendo modificada para se adequar aos novos conceitos sobre a deficiência. Em seguida, é apresentada uma importante distinção entre deficiência e incapacidade, decorrente do reconhecimento de que deficiência e incapacidade são noções distintas.

Na quarta parte é apresentado o conceito de acessibilidade e destacada sua importância para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, bem como os traços distintivos do direito à adaptação razoável. Esse delineamento sobre a acessibilidade é substancial para se

compreender, em seguida, as noções de adaptação razoável como novo instrumento para a promoção da igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência.

Também serão apresentados os contornos do ônus desproporcional como escusa para sujeito passivo no dever de adaptação razoável, seu conteúdo e aplicabilidade.

A última parte é dedicada à nova modalidade de discriminação baseada na deficiência trazida pela Convenção e pela Lei 13.146/2015, também conhecida como discriminação por impacto adverso ou indireta, que dispensa a demonstração da vontade de discriminar para sua configuração.

4.1. CONCEITOS E TERMINOLOGIAS NO ESTUDO DA DEFICIÊNCIA: A CONSTRUÇÃO DA DEFICIÊNCIA NOS MODELOS BIOMÉDICO, SOCIAL E BIOPSISSOCIAL

Neste tópico serão apresentados os modelos da deficiência: o modelo biomédico, em que a deficiência é encarada como uma forma de patologia do corpo e causa das tragédias pessoais da pessoa com deficiência; o modelo social, no qual a deficiência é definida como uma experiência por pessoas com lesão devido à organização opressiva dos sistemas sociais; e o modelo biopsicossocial, que reconhece a deficiência como um conceito complexo, dinâmico, multidimensional e, acima, de tudo, questionado, enfim, um conceito em evolução.

Será demonstrado que os modelos sobre a deficiência não se excluem, mas, reunidos, podem ser lidos como um modelo cuja finalidade é garantir a expansão das habilidades das pessoas com deficiência, seu bem-estar, sua capacidade de agir, suas liberdades e seus direitos humanos.

4.1.1. O modelo biomédico da deficiência

De acordo com o censo IBGE 2010¹, o Brasil possui cerca de 45 milhões de brasileiros com deficiência, o que representa aproximadamente 24% (vinte e quatro por cento) da população brasileira total. No mundo, segundo dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2011, por meio do Relatório Mundial sobre a Deficiência², há aproximadamente um bilhão de pessoas com deficiência, o que representa cerca de 15% (quinze por cento) da população mundial.

Trata-se da maior minoria do mundo. A parcela da população com deficiência é crescente, especialmente com o envelhecimento da população, o que demanda reflexões sobre a própria organização social do país. A deficiência, atualmente, é um tema central para as políticas públicas, cujas negociações políticas devem ser “o novo conceito de deficiência como instrumento de justiça social, e não somente como questão familiar ou individual”³.

Apesar da expressividade dos números, as pessoas com deficiência compõem o grupo socialmente mais excluído e invisível na história, numa lógica em que a “invisibilidade e exclusão recursivamente se perpetuam”⁴. Diante dessa constatação, é preciso compreender a historicidade da luta das pessoas com deficiência para alcançar seu lugar na sociedade, cujas conquistas beneficiam, inclusive, outras parcelas da população, como idosos e crianças. Essa luta compreende desde a mudança na denominação usada para se referir à pessoa com deficiência até a superação de barreiras atitudinais presentes na cultura dominante.

1 Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_uf_xls.shtm>. Acesso em 02.nov.2018.

2 Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/RELATORIO_MUNDIAL_COMPLETO.pdf>. Acesso em 02.nov.2018.

3 DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. eBook. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007. eBook Kindle, posição 64.

4 SENA MARTINS, Bruno; FONTES, Fernando; HESPANHA, Pedro; BERG, Aleksandra. A emancipação dos estudos da deficiência. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 2012, (98), p. 45. Disponível em <<https://journals.openedition.org/rccs/pdf/5014>>. Acesso em 19.jul.2018.

A própria descrição sobre a deficiência em termos políticos, e não mais estritamente diagnóstica, foi uma revolução, pois “a linguagem referente ao tema estava carregada de violência e de eufemismos discriminatórios: *aleijado, manco, retardado, pessoa portadora de necessidades especiais e pessoa especial*”⁵.

Nos anos 1980⁶, que foi marcado por muitas conquistas do movimento político das pessoas com deficiência⁷, passou-se a utilizar as expressões *pessoa portadora de deficiência* e *portador de deficiência*, as quais foram, inclusive, incorporadas na Constituição de 1988, por exemplo, quando proíbe a discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador *portador de deficiência*. O termo *portador de deficiência* chegou a ser empregado na CRFB/88 mesmo depois da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, conforme se denota do art. 227, §1º, II⁸, da CF88.

5 DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. eBook. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007. eBook Kindle, posição 51.

6 Em 1980, ocorreu em Brasília o “1º Encontro Nacional de Entidades de Pessoas Deficientes”, que marcou a força política das pessoas com deficiência, as aproximou, levou à percepção de que as dificuldades eram comuns e fez nascer a percepção de sentimento de pertencimento a um grupo, e conscientização de que as batalhas e conquistas deveriam visar ao espaço público porque os problemas eram coletivos. MAIOR, Izabel de Loureiro. Quem são as pessoas com deficiência: novo conceito trazido pela Convenção da ONU. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, n. 20 (acessibilidade), 2015, São Paulo: OAB/SP. p. 34.

7 O ano de 1981 foi marcado pelo “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”, que se somou no fortalecimento e visibilidade das pessoas com deficiência e traçou os seguintes objetivos: ajudar no ajustamento físico e psicossocial na sociedade; promover esforços, nacional e internacionalmente, para possibilitar o trabalho compatível e a plena integração à sociedade; encorajar projetos de estudo e pesquisa visando à integração às atividades da vida diária, aos transportes e aos edifícios públicos; educar e informar o público sobre os direitos de participar e contribuir em vários aspectos da vida social, econômica e política. As conquistas colhidas pelas pessoas com deficiência na década de 1980 ganharam força de tal maneira que, mais do que direitos reconhecidos, conseguiram se inserir na estrutura do Estado. LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins. **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 42.

8 Art. 227. [...] § 1º O Estado promoverá [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência [...] (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Ocorre que o termo *portador de deficiência* ou *portador de necessidades especiais* reforça a segregação e a exclusão, pois, refere-se a algo que se porta, “que é possível de desvencilhar tão logo se queira ou chegue-se a um destino”⁹, algo temporário, quando, não raras as vezes, a deficiência é permanente.

Debora Diniz¹⁰ explica que um dos poucos consensos sobre os estudos da deficiência foi a emergência das novas categorias *pessoa com deficiência*, *pessoa deficiente* e *deficiente*. A opção pelos termos “pessoa com deficiência” ou “pessoa deficiente” serviu para demonstrar que a deficiência é uma característica individual na interação social, tendo-se universalizado a referência da “pessoa com deficiência” a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O termo *pessoa com deficiência* valoriza a pessoa antes e acima da própria deficiência, independentemente das suas condições físicas, sensoriais e intelectuais, o que está em consonância com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88). A Constituição de 1988 utilizou, pela primeira vez, a nova terminologia “pessoa com deficiência” na Emenda Constitucional n. 94/2016, que deu nova redação ao §2º do art. 100 da Constituição.

Juliana Borba¹¹ pontua que “a construção de uma verdadeira sociedade inclusiva passa, também, pelo cuidado com a linguagem”, pois, também na linguagem se expressa, “voluntária ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiência”.

Era preciso assumir positividade discursiva sobre a deficiência para superar sua caracterização como mera restrição de funcionalidade

9 BORBA, Juliana de Cássia Bento. **A aposentadoria da pessoa com deficiência à luz do paradigma de inclusão proposto na Convenção da ONU em Nova Iorque**. 2016. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo. p. 20. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19405>>. Acesso em 23.10.2018.

10 DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. eBook. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2007. eBook Kindle, posição 51.

11 BORBA, Juliana de Cássia Bento. **A aposentadoria da pessoa com deficiência à luz do paradigma de inclusão proposto na Convenção da ONU em Nova Iorque**. 2016. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo. p. 21. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19405>>. Acesso em 23.10.2018.

ou habilidade. Enquanto o modelo médico compreende a deficiência como um fato biológico (alguém que não enxerga, alguém que não anda, alguém que não escuta, etc.), o modelo social da deficiência desafia a desigualdade causada por uma sociedade pouco sensível à diversidade de estilos de vida.

Ao rotular a pessoa com deficiência como anormal, o discurso científico do modelo biomédico da deficiência toma o *corpo anormal* como objeto de poder e de saber, como algo a ser corrigido em função de sua anormalidade. Devido a essa tragédia pessoal ou falta de sorte pela deficiência agregada ao seu corpo, a pessoa com deficiência era retirada do convívio social para ser tratada, para ser corrigida ou alcançar o nível mais próximo possível do padrão normal.

Neste modelo médico da deficiência, “a desvantagem suportada pelo deficiente é consequência das características (desvantagens) naturais de seu corpo e, [...] portanto, os impedimentos vividos devem ser considerados infortúnios individuais ou mesmo uma tragédia pessoal”¹². Um dos episódios mais trágicos decorrentes desse modelo foi a institucionalização das pessoas com deficiência, que implicou na sua apreensão como objeto médico, não lhes sendo dada autonomia e independência.

Especialmente em referência às pessoas com deficiência mental ou intelectual, a sua institucionalização foi defendida pela ciência médica como uma conquista para o próprio *paciente*. Em dissertação de mestrado dedicada ao estudo do “processo de reforma psiquiátrica no Município de Barbacena-MG”, Vanessa Barreto Fassheber¹³ explica que a criação de um espaço específico para tratar a loucura foi não apenas uma conquista da ciência, mas, antes de tudo, seria uma vitória dos

12 CAPUANO, Tamara Pádua. **O federalismo cooperativo e a necessidade de efetivação do direito à saúde da pessoa com deficiência**. 2017. Dissertação (Mestrado). Pontifca Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo. p. 117. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20920>>. Acesso em 29.out.2018.

13 FASSHEBER, Vanessa Barreto **O processo de reforma psiquiátrica no Município de Barbacena-MG no período 2000-2004**: um estudo de caso acerca da “cidade dos loucos”. Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2009. p. 35. Disponível em <<http://bvssp.icict.fiocruz.br/lildbi/docsonline/get.php?id=2158>>. Acesso em 02.nov.2018.

próprios “doidos”, especialmente porque, até a criação de um hospital especializado, as pessoas tidas por doentes mentais eram enviadas para os anexos para loucos existentes nas Santas Casas de Misericórdia, para o Hospício Nacional de Alienados, no Rio de Janeiro, ou para a cadeia pública.

Também ilustra esse período o caso *Olmstead v. LC*¹⁴, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1999. Até então, nos Estados – seguindo o parâmetro mundial – predominava a institucionalização das pessoas com deficiência, especialmente deficiência mental. O caso *Olmstead* representou o marco da desinstitucionalização da pessoa com deficiência naquele país.

As soluções segregacionistas, porém, não são exclusividade da deficiência mental. As crianças com deficiência eram totalmente privadas de frequentar instituições de ensino regular até os anos 60, e recebiam atendimento restrito em instituições especializadas de cunho médico e assistencialista. A partir dos anos 70¹⁵ começam as práticas de integração com medidas de intervenção médica ou psicológica no aluno: o aluno com deficiência era inserido em contra turno ou sala separada no mesmo turno para não atrapalhar os alunos com *desempenho normal*; apenas era dada participação inclusiva aos alunos com deficiência que se aproximassem de um padrão de normalidade, cabendo a ele adaptar-se ao ambiente.

Vê-se, portanto, que a deficiência na perspectiva biomédica é encarada como uma forma de patologia do corpo individual e causa das tragédias pessoais. Nessa concepção, os constrangimentos e barreiras que as pessoas com deficiência enfrentam no seu dia a dia tendem a ser naturalizados como consequências das suas próprias limitações funcionais. A vida das pessoas com deficiência estava a cargo dos profissionais da saúde e, nessa relação de autoridade, residia a desqualificação da pessoa com deficiência.

14 Disponível em <<https://www.olmsteadrights.org/about-olmstead/>>. Acesso em 25.ago. 2018.

15 SILVA, Maria Odete Emygdio da. Da Exclusão à Inclusão: Concepções e Práticas. *Rev. Lusófona de Educação*, Lisboa, n. 13, 2009. p. 139-141.

A contestação dessa ordem social caracterizada pela desigualdade, limitação e exclusão da pessoa com deficiência, foi substancialmente intensificada nos 1970 e originou a proposta de modelo social da deficiência, conforme se passa a demonstrar.

4.1.2. O modelo social da deficiência

Conforme indicado no Relatório Mundial sobre a Saúde, da Organização Mundial da Saúde (OMS)¹⁶, a deficiência faz parte da condição humana e quase todas as pessoas terão uma deficiência temporária ou permanente em algum momento de suas vidas, especialmente no envelhecimento, quando é mais intensa a perda ou diminuição da funcionalidade dos seus corpos.

A deficiência é inevitável, mas a resposta dada à deficiência muda, e isso é percebido em diferentes períodos históricos e diferentes contextos políticos, sociais, culturais e atitudinais. Em contraposição ao modelo médico da deficiência, na década de 1970 surgiram movimentos nos Estados Unidos e Reino Unido que ofereceram uma diferente resposta à deficiência, fortemente estimulados pela organização das pessoas com deficiência. Esses movimentos defenderam a inclusão no lugar da segregação, e abordagens mais interativas deram lugar a soluções focadas na medicina, além de tornarem “os direitos humanos em geral específicos para as pessoas com deficiência”¹⁷.

A década de 1970 foi marcada pelos chamados “estudos sobre a deficiência”, culminando com o movimento da investigação emancipatória da deficiência. A emancipação da deficiência parte do pressuposto de que as pesquisas até então desenvolvidas sobre a deficiência eram também responsáveis, por ação ou omissão, pelos quadros de opressão e exclusão social das pessoas com deficiência¹⁸. Partindo do pressuposto

16 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório mundial sobre a deficiência**/World Health Organization, The World Bank. Tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. São Paulo: SEDPCD, 2012. p. 3.

17 Id. *Ibid.* p. 9.

18 OLIVER, Michael. Changing the Social Relations of Research Production? **Disability, Handicap & Society**, 1992, Vol.7(2). p. 101-102.