

*organizadores*  
**Élison Miessa**  
**Henrique Correia**

**ESTUDOS APROFUNDADOS**

# **MAGISTRATURA DO TRABALHO**

**4ª edição**

Revista, ampliada e atualizada

**2023**

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

PARTE I

# FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

# O DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: UM INSTRUMENTO PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS E CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

*Fabrício Lima Silva<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Diretiva 2000/78/CE do Conselho da União Europeia – 3. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – 4. Jurisprudência do TEDH – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, destaca-se que o dever de adaptação razoável guarda íntima relação com o combate à discriminação e com a obrigação de adoção de medidas inclusivas, que objetivam dar especial proteção aos grupos sociais minoritários ou para as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

A discriminação pode ser caracterizada quando uma pessoa é injustamente desqualificada em razão de sexo, orientação sexual, origem, cor, religião, condição física ou de outras questões de exclusão.

Em razão do princípio da não discriminação, é vedado tratamento diferenciado em razão de tais fatores, devendo ser considerado um piso mínimo de civilidade para a convivência harmônica entre as pessoas.

Por outro lado, a isonomia é conceito mais amplo que abrange, para além da discriminação, a igualdade de tratamento jurídico dado a pessoas e/ou situações equivalentes<sup>2</sup>. Para a concretização de medidas equitativas, podem ser

---

1. Juiz do Trabalho. Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Universidade do Minho.  
2. DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, pp. 63-64.

adotadas as chamadas ações afirmativas ou discriminações positivas, que objetivam a plena realização de uma igualdade de fato.

No contexto de adoção de medidas afirmativas encontra-se o denominado dever de adaptação razoável, também conhecido como dever de acomodação razoável (*duty of reasonable accommodation*), que possui sua origem no *Equal Employment Opportunity Act*, que foi aprovado, em 1972, pelo congresso norte-americano, com o objetivo de tratar da discriminação laboral em relação aos afro-americanos e outras minorias.<sup>3</sup>

Inicialmente, tinha como intuito inibir discriminações religiosas no ambiente de trabalho, atribuindo ao empregador o dever de acomodar a atividade laboral dos trabalhadores em razão de suas crenças, impondo-lhe a obrigação de comprovar que não estaria apto a acomodar razoavelmente as práticas religiosas de seus empregados sem um ônus excessivo.<sup>4</sup>

No mesmo sentido, ainda nos Estados Unidos, durante a década de 1990, houve a promulgação da *Americans with Disabilities Act (ADA)*, voltado à proteção da minoria representada pelas pessoas com deficiência, colocando em foco as expressões: acomodação razoável e encargo excessivo.<sup>5</sup>

Alargando o âmbito inicial da matriz norte-americana, a teoria da adaptação razoável ganhou maior visibilidade após a sua previsão na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que reforçou a necessidade de proteção efetiva em relação às pessoas em situação de vulnerabilidade.<sup>6</sup>

A adaptação razoável também encontra amparo na Diretiva de Igualdade no Emprego pelo Conselho da União Europeia (Diretiva 2000/78/CE), de 27 de novembro de 2000, que procurou estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.<sup>7</sup>

Importante destacar que a diretiva abrangeu as hipóteses de discriminação direta e discriminação indireta, definindo, em seu artigo 2º, item 2, alínea

---

3. EUA. *Equal Employment Opportunity Act*. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/statutes/laws-enforced-eeoc> Acesso em: 26 de novembro 2022.

4. Nos termos do referido ato: "(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" (42 U.S.C. § 2000e, "j").

5. EUA. *Americans with Disabilities Act* Disponível em: [https://www.ada.gov/2010\\_regs.htm](https://www.ada.gov/2010_regs.htm) Acesso em: 26 de novembro 2022.

6. BRASIL. *Decreto n. 6.949 de 24 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

7. CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. *Diretiva 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0078> Acesso em: 29 maio 2022.

“a”, que deve ser considerada discriminação direta sempre que uma pessoa, por motivos de religião ou de suas convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, receba um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

No presente artigo, irei apresentar o desenvolvimento do instituto, procurando analisar as implicações práticas de adoção da referida medida inclusiva, com a apresentação de decisões tomadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, ainda que indiretamente, chegaram a tratar da questão.

## 2. DIRETIVA 2000/78/CE DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

A adaptação razoável não era prevista nos ordenamentos jurídicos dos países europeus até a adoção da Diretiva de Igualdade no Emprego pelo Conselho da União Europeia (Diretiva 2000/78/CE), de 27 de novembro de 2000, que procurou estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.<sup>8</sup>

Importante destacar que a diretiva abrangeu as hipóteses de discriminação direta e discriminação indireta, definindo, em seu artigo 2º, item 2, alínea “a”, que deve ser considerada discriminação direta sempre que uma pessoa, por motivos de religião ou de suas convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, receba um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável.

Portanto, a discriminação direta utiliza gênero, cor, religião, nacionalidade, orientação sexual, dentre outros critérios, para tratamento diferenciado menos favorável do que outra pessoa receberia em uma situação semelhante.

Em seu artigo 2º, item 2, alínea “b”, a diretiva estabeleceu que deve ser considerada discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, sem que existam algumas das justificativas indicadas nos itens “i” e “ii” do dispositivo<sup>9</sup>.

---

8. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0078> Acesso em: 29 maio 2022.

9. Para uma melhor compreensão, essas são as disposições: “i) essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática”.

A discriminação indireta, portanto, adota critérios aparentemente neutros, mas que colocam os indivíduos em situação de desvantagem em relação a outros em uma mesma situação ou em situação semelhante.

Em alguns casos, a aplicação do mesmo tratamento a pessoas que se encontram em situações diferentes poderá deixar alguns indivíduos em circunstâncias especialmente desfavoráveis. Neste caso, o tratamento é o mesmo, mas os seus efeitos serão percebidos de forma diferente por pessoas com características diferentes.

Um exemplo paradigmático de reconhecimento de discriminação indireta foi apreciado pela Suprema Corte Norte-americana no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (1971).<sup>10</sup> Neste foi analisada a questão em que uma empresa, para fins de promoção em seus quadros, aplicava testes de conhecimentos gerais, sem relação com o trabalho. Embora não possuísse aparência discriminatória, a referida prática acabava privilegiando os trabalhadores que tinham estudado em melhores escolas. E, como os trabalhadores negros eram aqueles que tinham estudado em instituições com pior qualidade, acabavam sendo prejudicados.

A Suprema Corte Norte-americana entendeu que, mesmo que não houvesse intenção discriminatória, o empregador não poderia fazer uso de um requisito de avaliação, que acabava excluindo funcionalmente membros de uma determinada raça, se não houvesse relação com a medição do desempenho de suas atribuições no trabalho. Os procedimentos de teste ou medição de conhecimento não poderiam ser determinantes para as decisões de emprego, a menos que tivessem alguma conexão com o trabalho.

E, por sua vez, ao versar sobre as hipóteses de tratamento das situações de discriminação indireta, a diretiva n. 2000/78/CE estabeleceu a obrigação de adaptação razoável em relação às pessoas com deficiência, prevendo, em seu artigo 5º, que as empresas devem adotar as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionais para a entidade patronal.

### **3. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (CDPD)**

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, foi

---

10. US SUPREME COURT, *Griggs v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424 (1971). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/> Acesso em: 29 maio 2022.

editada com o objetivo de promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente, dando visibilidade à teoria da adaptação razoável, definindo e sistematizando a questão em relação às pessoas com deficiência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, foi editada com o objetivo de promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente, dando visibilidade à teoria da adaptação razoável, definindo e sistematizando a questão em relação às pessoas com deficiência.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em sua recente jurisprudência, já declarou que vê a CDPD como indicativo de um consenso europeu e mundial sobre a necessidade de proteger as pessoas com deficiência contra tratamentos discriminatórios. O Tribunal baseou-se na CDPD e nas suas disposições substantivas como um auxílio à interpretação da CEDH, tendo em vista sua condição de instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condições atuais.<sup>11</sup>

Conforme o artigo 2º da CDPD, a adaptação razoável seriam as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretassem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Teresa Coelho Moreira destaca que: “O conceito de adaptação razoável surgiu como uma resposta às barreiras criadas pelo ambiente físico e social que originavam a impossibilidade de as pessoas portadoras de deficiência poderem desenvolver uma atividade de forma convencional”.<sup>12</sup>

Outro aspecto importante é que a convenção classifica como discriminação com base na deficiência qualquer distinção, exclusão ou restrição, incluindo a negação de realização de adaptações razoáveis e estimulando a adoção de desenhos universais de produtos ou serviços, os quais permitam o uso de todos, sem a necessidade de adaptações ou desenhos especializados.

---

11. BRODERICK, Andrea. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Convention on Human Rights: a tale of two halves or a potentially unified vision of human rights? *Cambridge International Law Journal*. Cambridge, v. 7, n. 2, 2018, p. 199-244. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/329457143> Acesso em: 29 maio 2022.

12. MOREIRA, Teresa Coelho. *A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência na jurisprudência do TJUE*: breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring, Z. e Coleman. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/297609644\\_A\\_discriminacao\\_dos\\_trabalhadores\\_em\\_razao\\_da\\_deficiencia\\_na\\_jurisprudencia\\_do\\_TJUE\\_breve\\_analise\\_dos\\_casos\\_Chacón\\_Navas\\_Jette\\_Ring\\_Z\\_e\\_Coleman\\_Worke\\_rs\\_disability\\_discrimination\\_in\\_the\\_jurisprudence\\_o](https://www.researchgate.net/publication/297609644_A_discriminacao_dos_trabalhadores_em_razao_da_deficiencia_na_jurisprudencia_do_TJUE_breve_analise_dos_casos_Chacón_Navas_Jette_Ring_Z_e_Coleman_Worke_rs_disability_discrimination_in_the_jurisprudence_o). Acesso em: 26 de nov. 2022.

Nos dizeres de Ana Sastre Campo, “Adaptações razoáveis são adaptações que devem ser aplicadas em um caso particular para alcançar a igualdade de oportunidades (art. 2 CDPD) quando não for possível atender às necessidades específicas de uma pessoa por meio do design para todos” (Tradução livre).<sup>13</sup>

E, por sua vez, o artigo 26, item I, alínea “i”, estabelece que é papel dos Estados Partes salvaguardarem e promoverem o exercício do direito ao trabalho, assegurando que sejam realizadas as adaptações razoáveis para as pessoas com deficiência no local de trabalho.

Ao tratar de questão sob o foco de pessoas imunodeprimidas no contexto da pandemia do coronavírus, Luciano Martinez e Aloísio Cristovam dos Santos Junior, destacam a importância da observância do dever de acomodação razoável:

No caso de empregados com imunodeficiência (entre os quais aqueles acometidos de doenças autoimunes, a exemplo de diabetes mellitus tipo 1, artrite reumatoide e lúpus, ou portadores de moléstias que danificam o sistema imunológico e interferem na habilidade do organismo de lutar contra as infecções, a exemplo da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS e de cânceres que afetam a medula óssea, como a leucemia e o linfoma) e, por extensão conceitual, pela degenerescência natural, de empregados com idade elevada e, pela condição especial, de gestantes e lactantes, caberá ao empregador, caso tenha condições para tanto, o dever de acomodar o empregado vulnerável em posto compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa, justamente para evitar o seu submetimento ao um perigo manifesto de mal considerável. (...)

Entre as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus estão, sem dúvidas, a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho. (...)

Assim, se o empregador tiver condições de acomodar a gestante, a lactante, o idoso ou o empregado imunodeficiente em posto compatível diante da depreciação da sua capacidade laborativa, e não o fizer, poderá, em última análise, dar causa à resolução do contrato por despedida indireta, nos termos do art. 483 da CLT.<sup>14</sup>

13. Texto original: “Los ajustes razonables son adaptaciones que deben aplicarse en un caso particular para alcanzar la igualdad de oportunidades (art. 2 CDPD) cuando no sea posible satisfacer las necesidades específicas de una persona a través del diseño para todos”. CAMPO, Ana Sastre. *La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. In: BUENO, Luis Cayo Pérez. (Dir.). 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Madrid: Ediciones Cinca, S.A., 2012. Disponível em: [http://riberdis.cedid.es/xmlui/bitstream/handle/11181/4274/diez\\_a%C3%B1os\\_legislacion\\_no\\_discriminacion.pdf?sequence=1](http://riberdis.cedid.es/xmlui/bitstream/handle/11181/4274/diez_a%C3%B1os_legislacion_no_discriminacion.pdf?sequence=1). Acesso em: 26 de nov. 2022.

14. MARTINEZ, Luciano. SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos O dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do coronavírus *in* **Direito do Trabalho na crise da COVID-19**, coordenada por Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 257/277.

Todavia, o dever de acomodação razoável precisa observar exigências de proporcionalidade: a sua razoabilidade resulta da aptidão e adequação para atingir os fins a que se destina, e o dever de acomodação cessa se representar uma carga ou um impacto excessivo para quem realiza a acomodação (impacto desproporcional ou indevido), sendo para este efeito relevantes, não apenas custos financeiros, mas também os recursos disponíveis e a dimensão e características da entidade *prima facie* obrigada à acomodação.<sup>15</sup>

Portanto, conforme destaca Andrea Broderick, ao analisar a CDPD, na implementação do dever de acomodação razoável é crucial: 1) identificar e remover as barreiras com impacto no gozo de direitos pelas pessoas com deficiência, em diálogo com as pessoas em causa; 2) verificar se a acomodação é legal e materialmente realizável; 3) verificar se é adequada, relevante e efetiva para a realização do direito em questão; e, 4) verificar se é excessiva, o que deve ser justificado com base em critérios objetivos, sendo que o ônus da prova do impacto desproporcional deve caber à entidade obrigada à acomodação.<sup>16</sup>

Nesse aspecto, importante a concepção delineada pela autora, como medida para garantia de efetividade dos direitos fundamentais, na defesa de que compete às entidades responsáveis o ônus de comprovar que o impacto seria desproporcional, causando-lhes encargos excessivos.

#### 4. JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Em 30 de abril de 2009, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso *Glor v. Switzerland*<sup>17</sup>, pela primeira vez, embora não tenha feito referência expressa ao denominado dever de adaptação razoável, aplicou a lógica do instituto em um de seus julgados.

Segundo destaca KANTER, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos constatou uma violação do direito à não discriminação com base na deficiência do requerente e citou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incluindo o conceito de adaptação razoável em apoio a sua decisão pela primeira vez<sup>18</sup>.

15. LEÃO, Anabela Costa. *Comentários ao art. 5º da CDPD*. Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário. Disponível em: <https://impresnacional.pt/wpcontent/uploads/2021/04/Convencaosobreosdireitosdaspeessoascomdeficiencia.pdf> Acesso em: 26 de nov. 2022.

16. Op. cit.

17. TEDH, *Glor v. Switzerland*. 13444/04 (2009.04.30).

18. KANTER, Arlene S. **The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law**. [Consult. 26 novembro 2022]. Disponível na Internet: <URL: <https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=gsulr>>

No caso, o TEDH apreciou uma queixa apresentada por Sven Glor contra a Suíça, em que o suscitante alegava ser vítima de tratamento discriminatório em razão do reconhecimento de sua inaptidão para a submissão ao serviço militar obrigatório e imposição de obrigação de pagamento de um tributo.

O requerente alegou ter sido vítima de tratamento discriminatório por ter sido impedido de cumprir o serviço militar, embora estivesse disposto a servir e, diversamente, foi obrigado a pagar um imposto de isenção do serviço militar ao Estado por a sua deficiência ter sido considerada menor pelas autoridades competentes.

Além disso, alegou discriminação em relação à permissão de que aqueles que apresentasse objeção de consciência cumprissem serviços alternativos, mas não aquelas pessoas declaradas inaptas por questão de deficiência.

O TEDH, ao realizar a admissibilidade da queixa, destacou a possível ocorrência de discriminação contra uma pessoa com uma deficiência física, ainda que em menor grau. E, além disso, salientou a existência de um consenso mundial sobre a necessidade de proteção às pessoas com deficiência contra tratamento discriminatório, como por exemplo, a Recomendação 1592 (2003), adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 29 de janeiro de 2003, ou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor em 3 de maio de 2008.

E, na conclusão do julgamento, o Tribunal entendeu que as autoridades nacionais suíças não conseguiram estabelecer um equilíbrio justo entre a proteção dos interesses da coletividade e o respeito pelos direitos e liberdades do requerente, uma vez que não lhe foi permitido prestar o serviço militar, ou o serviço civil, sendo-lhe atribuída a obrigação de pagamento do imposto de isenção do serviço militar.

Dentre outras questões, a decisão considerou que o fato de o requerente estar disposto a prestar serviço militar ou civil, enquanto a legislação da suíça é omissa em relação à previsão de outras formas de serviço adequadas às pessoas na situação do requerente, houve tratamento discriminatório e violou o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em conjugação com o artigo 8.

Nesse contexto, houve descumprimento do dever de adaptação razoável, uma vez que a legislação suíça deveria prever alguma solução alternativa para pessoas em condições tais quais a do requerente, afastando a incidência do imposto pela isenção da prestação de serviços militares.

Por sua vez, em *Jasinskis v. Letônia*<sup>19</sup>, julgado em 21 de dezembro de 2010, em que se discutia a ausência de assistência médica e comunicação adequada

---

19. TEDH, *Jasinskis v. Latvia*. 45744/08 (2010.12.21).

com o filho do requerente, que era surdo e havia sido ferido gravemente por homem e, posteriormente, mantido sob custódia policial, sem atendimento médico, vindo a falecer no dia seguinte em razão de múltiplos ferimentos na cabeça. No julgado houve menção expressa ao disposto no artigo 14 (2) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual prevê a obrigação de que os Estados Partes forneçam adaptações razoáveis às pessoas deficientes que venham a ser privadas de sua liberdade.

Além disso, no caso *ZH v. Hungria*<sup>20</sup>, em 08 de novembro de 2012, o TEDH reconheceu que houve falha das autoridades ao não obter assistência adequada a uma pessoa que sofria de múltiplas deficiências e incapacidade de comunicação, a fim de informá-la das razões de sua prisão.

No julgamento, houve menção expressa à definição de adaptação razoável prevista no artigo 2º da CDPD e ao disposto no artigo 13º da CDPD, o qual exige que os Estados Partes assegurem o acesso efetivo à justiça para pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais, incluindo através do fornecimento de adaptações processuais e adequadas à idade, com a facilitação de seu papel efetivo enquanto participantes diretos e indiretos, incluindo na qualidade de testemunhas, em todos os processos judiciais, incluindo as fases de investigação e outras fases preliminares.

Por fim, em *Çam v. Turquia*<sup>21</sup>, em 23 de fevereiro de 2012, o Tribunal proferiu uma importante decisão quanto à inclusão de alunos com deficiência no domínio da educação não obrigatória.

No caso, houve a recusa de matrícula de uma aluna em uma escola de música em razão de sua cegueira, sendo que, no acórdão, foi reconhecida a questão da discriminação em vários aspectos e demonstrada a preocupação quanto à adoção de medidas positivas que garantam que os alunos com deficiência recebam educação em uma base não discriminatória.

Nesse sentido, o TEDH reconheceu que a negação de adaptações razoáveis é uma forma de discriminação, nos moldes do artigo 14 da CEDH, conforme pode-se verificar do seguinte trecho:

65. A Corte considera que o artigo 14 da Convenção deve ser lido à luz dos requisitos desses textos sobre adaptação razoável – entendida como “modificação e ajustes necessários e apropriados que não imponham um ônus desproporcional ou indevido, quando necessário em um caso particular” – que as pessoas com deficiência têm o direito de esperar para assegurar “o gozo ou exercício em igualdade de condições com outras pessoas de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” (Artigo 2 da Convenção

20. TEDH. *ZH v. Hungary*. 28973/11 (2012.11.8).

21. TEDH. *Çam v. Turkey*. 51500/08 (2016.02.23).

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ...) . Essa acomodação razoável ajuda a corrigir desigualdades factuais que são injustificadas e, portanto, equivalem a discriminação (...).

66. O Tribunal não ignora que cada criança tem as suas necessidades educativas específicas, e isto aplica-se particularmente às crianças com deficiência. No âmbito educacional, a Corte reconhece que a adaptação razoável pode assumir diversas formas, sejam físicas ou não físicas, educacionais ou organizacionais, em termos de acessibilidade arquitetônica dos edifícios escolares, formação de professores, adaptação curricular ou instalações adequadas. Assim sendo, o Tribunal destaca que não é sua tarefa definir os recursos a serem implementados para atender às necessidades educacionais de crianças com deficiência. As autoridades nacionais, em razão de seu contato direto e contínuo com as forças vitais de seus países, estão em princípio em melhor posição do que um tribunal internacional para avaliar as necessidades e condições locais a esse respeito.

67. No entanto, a Corte entende que é importante que os Estados sejam particularmente cuidadosos ao fazer suas escolhas neste âmbito, levando em conta o impacto desta última sobre as crianças com deficiência, cuja particular vulnerabilidade não pode ser negligenciada. Consequentemente, considera que a discriminação com base na deficiência abrange também a recusa de adaptação razoável.

Demonstrando um posicionamento que consagra a adoção da dimensão positiva do direito da não discriminação, o TEDH apresentou de forma clara o entendimento de que a discriminação com base na deficiência também pode ser caracterizada pela negação de adaptações razoáveis, caracterizando um passo muito positivo em sua jurisprudência.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, com base na linha de argumentação apresentada, percebe-se que as decisões proferidas pelo Tribunal de Estrasburgo, na aplicação das disposições da CEDH, também têm observado as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), com destaque para o dever de adaptação razoável, como medida para garantia do gozo ou o exercício em igualdade de condições com os outros de todos os direitos humanos e fundamentais liberdades pelas minorias, especialmente, as pessoas com deficiência.

Embora as decisões ainda sejam incipientes, a linha argumentativa que vem sendo adotada evidencia que o TEDH tem feito uma importante conexão entre a CDPD e a CEDH em busca da efetividade das medidas antidiscriminatórias e inclusivas.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. **Decreto n. 6.949 de 24 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.
- BRODERICK, Andrea. **The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the European Convention on Human Rights: a tale of two halves or a potentially unified vision of human rights?**, in Cambridge International Law Journal, vol. 7, n.º 2, 2018, pp. 199 -244. [Consult. 30 novembro 2021]. Disponível na Internet: <URL: <https://www.researchgate.net/publication/329457143>>
- CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2000/78/CE de 27 de novembro de 2000**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0078> Acesso em: 29 maio 2022.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN: 978-85-361-9290-1.
- EUA. **Equal Employment Opportunity Act**. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/statutes/laws-enforced-eeoc> Acesso em: 26 de nov. 2022.
- EUA. **Americans with Disabilities Act**. Disponível em: [https://www.ada.gov/2010\\_regs.htm](https://www.ada.gov/2010_regs.htm) Acesso em: 26 de nov. 2022.
- KANTER, Arlene S. **The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law**. [Consult. 26 de novembro 2022]. Disponível na Internet: <URL: <https://readingroom.law.gsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=gsulr> >
- LEÃO, Anabela Costa. **Comentários ao art. 5º da CDPD**, in Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Comentário. [Consult. 26 novembro 2022]. Disponível na Internet: <URL: <https://impresanacional.pt/wpcontent/uploads/2021/04/Convencaosobreosdireitosdaspeessoascomdeficiencia.pdf>>
- MARTINEZ, Luciano. SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dosO dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do coronavírus **in Direito do Trabalho na crise da COVID-19**, coordenada por Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- TEDH, **Glor v. Switzerland**. 13444/04 (2009.04.30).
- TEDH, **Jasinskis v. Latvia**. 45744/08 (2010.12.21).
- TEDH. **ZH v. Hungary**. 28973/11 (2012.11.8).

TEDH. **Çam v. Turkey**. 51500/08 (2016.02.23).

US SUPREME COURT, **Griggs v. Duke Power Co.** 401 U.S. 424 (1971). [Consult. 26 novembro 2022]. Disponível na Internet: <URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>>

# O JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO É A MAIOR INOVAÇÃO RECENTE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

*Laura Rodrigues Benda<sup>1</sup>*

**Sumário:** 1. Fundamentos da adoção do julgamento com perspectiva de gênero no Brasil – 2. Mas, afinal, o que é gênero? – 3. O protocolo para julgamento com perspectiva de gênero – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

## 1. FUNDAMENTOS DA ADOÇÃO DO JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO NO BRASIL

Em fevereiro de 2022, o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma medida capaz de avançar, verdadeiramente, quanto à equidade de direitos entre homens e mulheres. No caso, a Recomendação nº 128/2022 que, ao indicar “a adoção do *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero* no âmbito do Poder Judiciário brasileiro”, passou a orientar a magistratura a compreender a perspectiva de gênero como fundamento em seus julgamentos.

A implementação de tal medida se deu em cumprimento à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 07 de setembro de 2021, no Caso *Mércia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*, que condenou o Brasil por não investigar e julgar adequadamente crimes contra mulheres.

De todo modo, é importante ressaltar que o CNJ, ao fazê-lo, aderiu a uma meta global, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU). No caso, havia sido instituída por essa a Agenda 2030, na qual constam 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS), dentre os quais se destacam os de número 5 (igualdade de gênero), 10 (redução das desigualdades) e 16 (paz, justiça e instituições eficazes).

---

1. Juíza do Trabalho do TRT da 2ª Região. Gestora Regional do Trabalho Seguro do TRT da 2ª Região. Colunista de Sororidade em Pauta, no portal Carta Capital. Autora de artigos e livros sobre gênero e direitos humanos.

Na mesma ONU, por meio de sua Comissão de Direitos Humanos, havia sido instituído, em 2000, o Grupo de Integridade Judicial, responsável por elaborar os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, reunindo-os em sete valores: independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência. Destaca o documento que o exercício jurisdicional, justamente para ser executado com imparcialidade, deve levar em consideração a diversidade na sociedade e as diferenças que surgem de várias fontes, incluindo raça, cor, sexo, religião, origem nacional, casta, deficiência, idade, estado civil, orientação sexual, status social e econômico e outras causas<sup>2</sup>.

No âmbito normativo, Patrícia Maeda observa como o julgamento com perspectiva de gênero atende a importantes pressupostos constitucionais e convencionais<sup>3</sup>. Em primeiro lugar, destacam-se os princípios fundantes da República Federativa do Brasil, inseridos no Título I da Constituição Federal de 1988, com destaque à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV); ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação nosso ordenamento jurídico (art. 3º, I, III e IV); além da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Em consonância com essas premissas, o rol de direitos individuais e coletivos não se encerra no texto constitucional, abrangendo também os tratados internacionais, seja com força supralegal (art. 5º, §2º), seja com força constitucional (art. 5º, § 3º).

Além disso, no âmbito dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, há que se mencionar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, incorporada pelo Brasil através do Decreto nº 4.377/2002, cujo acrônimo em inglês é CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*). Ainda, há outras tantas normas internacionais, também mencionadas por Maeda, que abordam o julgamento com perspectiva de gênero. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994), menciona expressamente a questão do assédio sexual no local de trabalho (art. 2, “b”) e prevê a obrigação da educação e treinamento do pessoal judiciário, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher (art. 8).

- 
2. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.
  3. MAEDA, Patricia. Revista LTR, ano 85, n. 8, Agosto/2021, ISSN 1516-9154, pp. 913-921.

A Declaração e Plataforma de Ação de Beijing de 1995, adotada na Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher propõe também a formação do pessoal judicial, além de outros integrantes do sistema de justiça, com o fim de evitar os abusos de poder conducentes à violência contra a mulher, e sensibilizar tais pessoas quanto à natureza dos atos e ameaças de violência baseados na diferença de gênero, de forma a assegurar tratamento justo às vítimas de violência (item 124, “n”); ressaltando o assédio sexual e formas de violência contra a mulher nos locais de trabalho, bem como a necessidade de medidas especiais para as trabalhadoras migrantes (item 126, “a”, “d”); além de treinamento e educação sobre direitos humanos, com uma perspectiva de gênero para membros dos Poderes Judiciário e Legislativo, “a fim de habilitá-los a exercer melhor suas responsabilidades públicas” (item 232, “i”), inclusive com a adoção de instrumentos e normas internacionais e regionais (item 233, “d”).

## 2. MAS, AFINAL, O QUE É GÊNERO?

Gênero tem sido, desde a década de 1970, o termo usado para teorizar a questão da diferença sexual. A complexidade deste conceito abrange a ideia de que as distinções baseadas no sexo são fundamentalmente sociais, afastando-se, assim, a noção de naturalização. Além disso, explicita a assimetria nas relações entre homens e mulheres, marcadas pela hierarquização e por dimensões de poder. A ideia de gênero marca, ainda, o aspecto relacional entre mulheres e homens. Ou seja, não se pode compreender um ou outro a partir de um estudo que os considerasse totalmente em separado. Importante ressaltar que a principal contribuição do conceito de gênero tem sido desvendar a amplitude dos papéis sexuais e do simbolismo sexual nas várias sociedades e épocas.

No Brasil, o conceito de gênero começou a ser utilizado entre as décadas de 1980 e 1990, época em que o feminismo começou a reverberar no país. Até então, não havia mais do que os chamados “Estudos de Mulheres”, os quais se restringiam a analisar a condição, a situação e a posição das mulheres, geralmente de forma descritiva. A limitação dos referidos estudos fazia-se presente tanto para a ambição política das feministas quanto para os anseios e desafios de um pensamento teórico mais complexo.

Foi justamente questionando os arranjos convencionais dos relacionamentos que reduzem a caracteres biológicos (naturais) a determinação hierárquica de lugares e postos para homens e mulheres na sociedade que emergiu o conceito de gênero, no âmbito dos movimentos e estudos feministas.

Assim, mais do que uma escolha científica, a utilização do conceito de gênero vem do reconhecimento do peso simbólico da construção das representações que constituem a história cultural de homens e mulheres. A história das mulheres, reconhecendo a categoria gênero, não pode hoje prescindir das sis-