

O DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E A TEORIA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA:
uma proposta metodológica

*THE RIGHT TO REASONABLE ACCOMMODATION AND THE THEORY OF INDIRECT
DISCRIMINATION: a methodological proposition*

Wallace Corbo.¹

Resumo: O estudo tem por objetivo definir os contornos do chamado direito à adaptação razoável no Brasil. Neste sentido, discorro inicialmente acerca dos fundamentos deste direito em uma perspectiva filosófica focada, especialmente, na teoria do reconhecimento desenvolvida nas últimas décadas. Em seguida, analiso especificamente o fenômeno da discriminação indireta, propondo parâmetros para sua identificação e entendendo-o como as formas de discriminação causadas por medidas, práticas ou normas que, apesar de aparentemente neutras, produzem substancial privação e negação de direitos de minorias e grupos marginalizados. Partindo disto, analiso as características principais do direito à adaptação razoável como mecanismo para a superação ou mitigação desta forma de discriminação. Por fim, proponho uma metodologia para identificação da discriminação indireta e aplicação do direito à adaptação razoável que considera três etapas: a identificação do caso *prima facie* de discriminação indireta; a justificação do ato gerador da discriminação indireta; e a possibilidade de adaptação razoável.

Palavras-Chave: Discriminação Indireta. Adaptação Razoável. Direito ao Reconhecimento. Minorias. Grupos Vulneráveis.

Abstract: This study aims to define the outlines of the so-called right to reasonable accommodation in Brazil. In this sense, I initially analyze the philosophical foundations of such right, specially focused on the recognition theory developed over the last decades. After this, I specifically analyze the phenomenon of indirect discrimination, suggesting parameters for its identification and understanding it as means of discrimination causes by measures, practices or norms that despite being apparently neutral, produce substantial privation or negation of rights of minorities and marginalized groups. Following from this, I analyze the main characteristics of the right to reasonable adaptation as means for overcoming or mitigating this form of discrimination. I conclude by putting forward a methodology for identifying indirect discrimination and for applying the right to reasonable adaptation considering three steps: identifying a *prima facie* case of indirect discrimination; justification of the act that causes indirect discrimination; and the possibility of reasonable adaptation.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Visiting Researcher na Harvard Law School.

Keywords: Indirect Discrimination. Reasonable Accommodation. Right to Recognition. Minorities. Vulnerable Groups.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade e sua concretização têm ocupado posição de destaque no constitucionalismo brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988. Conceitos como o de igualdade material, igualdade como redistribuição e igualdade como reconhecimento foram aprofundados pela literatura jurídica e pela jurisprudência, contribuindo para o avanço na garantia de direitos e na elaboração de políticas públicas voltadas à promoção de grupos historicamente marginalizados pela sociedade. Neste contexto de construção de um constitucionalismo emancipatório, o presente trabalho trata do chamado direito à adaptação razoável², identificando seu fundamento, conteúdo e a metodologia a ser empregada para sua efetivação no ordenamento constitucional vigente.

A primeira parte deste artigo trata dos fundamentos do direito à adaptação razoável, especificamente à luz do chamado paradigma do reconhecimento. Segundo este marco teórico, uma sociedade com real pretensão emancipatória deve ser capaz de incorporar na maior medida possível as demandas e os grupos historicamente excluídos da esfera pública, permitindo sua maior participação e senso de real pertencimento ao empreendimento coletivo.

Na segunda parte, apresento a teoria da discriminação indireta que confere fundamento jurídico ao direito à adaptação razoável. Identifico, assim, o fenômeno da discriminação indireta como as hipóteses em que normas aparentemente neutras³ acabam por produzir efeitos discriminatórios especialmente contra grupos e indivíduos histórica e socialmente marginalizados. Tratarei, assim, dos elementos que esta forma de discriminação, que é premissa básica para que se gere, em favor da vítima da discriminação, um direito à acomodação.

² Esclareço, desde já, que diversos autores – no Brasil e no direito comparado – empregam nomenclaturas distintas, como “acomodação razoável” ou “ajustamento razoável”. As expressões referem-se ao mesmo fenômeno, que no Direito Constitucional brasileiro foi formalmente denominado “adaptação razoável”. Sem prejuízo disso, este artigo empregará indistintamente as expressões, resguardando a fluidez e boa compreensão do argumento central.

³ “Neutra”, aqui, diz respeito ao fato de a discriminação não ser evidente ou consciente. Ou seja, nem há exclusão formal de grupos, nem um propósito específico de discriminar.

A terceira parte do estudo aprofunda o conceito de adaptação razoável considerando o marco constitucional vigente, os limites e possibilidades de tal direito. Sustento que o direito à adaptação razoável é um direito caracterizado por sua (i) *adjudicabilidade*, diferenciando-se de outros mecanismos de combate à discriminação (como as ações afirmativas); (ii) *eficácia vertical e horizontal*, podendo ser exigido tanto em face do Poder Público quanto de particulares; e (iii) *relatividade*, no sentido de que a adaptação razoável não se confunde com um direito à máxima adaptação, cabendo limitações estabelecidas à luz dos interesses e direitos contrapostos.

Por fim, a quarta parte deste artigo propõe uma metodologia para o reconhecimento e aplicação do direito à adaptação razoável em casos de discriminação indireta a partir de três etapas: (1) identificação do caso *prima facie* de discriminação indireta; (2) justificação do ato gerador da discriminação indireta; e (3) possibilidade de adaptação razoável. Como exporei ao final, esta metodologia pretende, de um lado, respeitar interesses legítimos que podem se contrapor ao ideal de máxima inclusão dos grupos marginalizados (como a autonomia e, mesmo, a democracia) e, de outro lado, busca dar a devida concretude à promessa emancipatória de nosso ordenamento, no sentido de avançar as soluções – ainda que sub-ótimas ou compromissórias – capazes de garantir a maior efetividade do princípio da igualdade.

De início, devo estabelecer um conteúdo mínimo do que se considera um direito à adaptação razoável. Em linhas gerais, o direito à adaptação razoável confere a pessoas ou grupos constitucionalmente protegidos a prerrogativa de, em certas situações, não se sujeitarem às mesmas estruturas, deveres ou condições impostas à generalidade das pessoas e grupos em uma sociedade. Este esboço do instituto, bastante simplificado, permite-nos dar início ao estudo a partir das seguintes indagações: por que algumas pessoas – e não outras – teriam o direito a, em alguma medida, não se sujeitarem ao direito? Em que contextos fáticos o direito à adaptação razoável surge? E, por fim, como aplicar este direito a casos concretos?

2. ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E DIREITO AO RECONHECIMENTO: notas sobre as bases filosóficas do instituto.

A sociedade moderna, em seu fundamento filosófico e também pela constatação histórica e empírica é formada por grupos e indivíduos que professam crenças distintas, que possuem costumes e tradições diversas e que atuam, enfim, com base naquilo que Rawls denominou “doutrinas abrangentes” próprias e, por vezes, até mesmo colidentes (RAWLS, 2000, p. 56-57). O pluralismo é, assim, uma das principais marcas da Modernidade.

Que este pluralismo deve ser, se não promovido, ao menos respeitado é uma afirmação que encontra substancial eco na Filosofia Política e no Direito. A dúvida tem repousado, no entanto, em compreender como esse respeito se desenvolve em sociedades reais.

Uma das principais respostas a esta questão foi formulada com grande profundidade teórica por Rawls – e, em sentido mais abrangente, pela corrente do liberalismo político. De acordo com esta percepção, o pluralismo social é associado ao exercício de liberdades básicas e essenciais dos indivíduos.⁴ Nesse sentido, caberia ao Estado respeitar este pluralismo adotando uma postura de neutralidade. A neutralidade propugnada pelo liberalismo político implica uma postura geral de não-intervenção com relação às chamadas doutrinas abrangentes *razoáveis*, admitindo-se alguma restrição às doutrinas abrangentes *não-razoáveis*, como decorrência do dever de tolerância no âmbito institucional (RAWLS, 2000, p. 245).

Ao menos desde os anos 80, no entanto, a tese da neutralidade do liberalismo tem sido alvo de críticas relevantes, assentadas sobre a seguinte questão: é possível ao Estado ser neutro? Os críticos respondem que não (SANDEL, 1997, p. 250; TAYLOR, 1994, p. 43). A neutralidade proposta pelo liberalismo, como afirmado por diversos autores, nada mais é do que a promoção, em primeiro lugar, de uma “doutrina abrangente” liberal,⁵ em detrimento de outras perspectivas que poderiam reger a vida social. Neste sentido, trata-se de uma neutralidade *inatingível*, pois sempre haverá uma escolha não neutra quanto às diretrizes que regem a atuação estatal.

Em segundo lugar e, ainda mais importante, a pretensa neutralidade do liberalismo esconde o fato de que as sociedades contemporâneas são marcadas por diversas espécies de

⁴ É neste sentido que Rawls (1999, p. 47-101) menciona como primeiro princípio de justiça o direito do indivíduo ao mais amplo rol de liberdades básicas igual ao conferido aos demais membros da sociedade.

⁵ Isto é reconhecido pelo próprio Rawls (2000, p. 200), ao sustentar que o liberalismo político é uma doutrina apenas parcialmente abrangente – impondo apenas restrições mínimas às cosmovisões existentes nas sociedades.

desigualdades que impedem, na prática, que os diversos grupos sociais sejam igualmente livres para desenvolver suas cosmovisões. Consequentemente, quando neutralidade se confunde com absenteísmo no plano político, o Estado nada mais faz do que cancelar estas desigualdades, perpetuando o quadro de opressão e dominação que aflige, em especial, grupos historicamente marginalizados ou vulnerabilizados.⁶ Disto decorre que a pretensa neutralidade liberal contribui para a invisibilização de diversos grupos e demandas sociais – em contraposição à supervisibilidade dos grupos e demandas sociais que não são atingidos por esse grave quadro de desigualdade. Assim, a neutralidade proposta pelo liberalismo pode ser compreendida como *falsa*, na medida em que qualquer forma de atuação implicará considerar ou desconsiderar demandas existentes em uma dada sociedade.

O panorama de crítica teórica ao liberalismo político é reforçado pela ascensão, a partir da segunda metade do século XX, dos chamados “novos movimentos sociais” – entre os quais se destacam o movimento feminista, o movimento negro, o movimento LGBT e outros que foram associados por teóricos como Charles Taylor (1994, p. 36) e Nancy Fraser (2001, p. 245) às chamadas políticas do reconhecimento. Ao criticar o modelo político liberal, estes movimentos buscavam uma postura ativa do Estado no sentido de (1) reconhecer suas particularidades enquanto grupos historicamente vulnerabilizados e (2) atuar de modo a romper com certas formas de desigualdade, resguardando culturas minoritárias, promovendo medidas de combate à discriminação e garantindo a ampliação de direitos tradicionalmente negados a estes indivíduos. Em outras palavras, os novos movimentos sociais buscavam, como outros “velhos” movimentos sociais antes buscaram, reestruturar o Estado para que este fosse capaz de lidar com suas demandas específicas (HONNETH, 2004, p. 135-189).

A crítica desenvolvida a partir destes novos movimentos sociais se volta não apenas contra a tese de neutralidade do liberalismo político, mas também contra a resposta que

⁶ Partindo de premissas epistemológicas distintas e também buscando objetivos outros, Habermas formulou um argumento semelhante em seu debate com Rawls, ao sustentar que a aplicação da exigência de uso da razão pública formulada por Rawls – ou seja, da ideia de que o debate na esfera pública não pode se basear em concepções de vida boa ou doutrinas abrangentes específicas, mas exclusivamente em razões que sejam universalizáveis e capazes de convencer indivíduos que não partilhem destas cosmovisões – implicaria excessivo ônus aos cidadãos religiosos, cuja capacidade de formular suas razões e expressar seus argumentos está intimamente relacionada com suas concepções religiosas. Neste sentido, enquanto a exigência não gera maiores problemas para cidadãos seculares – que naturalmente não empregariam argumentos religiosos – ela virtualmente dificulta ou mesmo obsta a participação democrática de indivíduos religiosos (HABERMAS, 2007, p. 147).

esta corrente pretende dar – especialmente na vertente do liberalismo igualitário proposto, por exemplo, por Rawls (1999), Dworkin (2000) e Walzer (1983) – ao problema das desigualdades sociais. Como identificado por Iris Marion Young (1990, p. 15-38), este modelo de liberalismo responde ao problema da desigualdade a partir da distribuição de bens. Em outras palavras, estes autores compreenderam a desigualdade a partir do chamado paradigma distributivo – segundo o qual é a privação de bens e riquezas que gera as desigualdades sociais. Os novos movimentos sociais contestam essa afirmação ao revelar, por exemplo, que homens e mulheres que pertencem a uma mesma classe social não estão equiparados socialmente – seja em razão de obstáculos jurídicos formais, seja em razão de práticas sociais arraigadas que promovem a opressão e dominação de mulheres nas sociedades atuais. Da mesma maneira, o movimento LGBT é exemplo de que a discriminação nem sempre está associada a questões distributivas – muitas vezes ela está relacionada, sim, a aspectos simbólicos, tradições e práticas sociais que excluem determinados grupos, inclusive quanto ao acesso a direitos.

A partir da crítica à pretensa neutralidade do liberalismo e ao paradigma distributivo, desenvolve-se entre autores da filosofia política o debate acerca de uma nova gramática de direitos fundamentada na ideia de reconhecimento. Neste quadro teórico, o problema da justiça e das desigualdades deixa de ser abordado a partir da lógica de distribuição de riquezas, dando lugar a uma análise que parte do reconhecimento intersubjetivo de indivíduos e demandas que se desenvolve em uma sociedade.

Autores como Axel Honneth (2003), Nancy Fraser (2001) e Charles Taylor (1994) propuseram, com significativas variações teóricas, que as desigualdades sociais relevantes decorrem da negação do reconhecimento a certos grupos e indivíduos. Em razão de características como a etnia, gênero, sexualidade, religião, a sociedade atribui um *status* de subordinação a estes grupos, difundindo conseqüentemente a mensagem de que seus integrantes possuem menos valor enquanto seres humanos que os demais (FRASER, 2007, p. 106-110). Em uma formulação mais específica, Honneth sustenta que a autorrealização individual está condicionada ao desenvolvimento de três características: a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima. Autoconfiança, na formulação de Honneth, nada mais é do que a capacidade de estar só – que o indivíduo obtém quando há respeito à sua integridade física e psicológica. O indivíduo que possui autorrespeito, por sua vez, entende-se como igual participante do empreendimento coletivo, sendo portador dos mesmos direitos e

sujeito aos mesmos deveres que os demais integrantes da sociedade. Por fim, o indivíduo que desenvolve autoestima percebe suas habilidades e características como úteis e valiosas à luz dos horizontes de valor da sociedade (HONNETH, op. cit., p. 155-212).

Apesar de a negação de reconhecimento em suas diversas esferas poder atingir, em tese, qualquer indivíduo, ela tem se revelado como um problema crônico e institucionalizado quando se trata, em especial, de certos grupos sociais historicamente marginalizados. Refiro-me, aqui, aos grupos identificados como minorias sociais.⁷ A negação de direitos iguais à população LGBT impedem que estes se considerem como cidadãos dotados de autorrespeito. A perseguição de culturas minoritárias e sua exclusão institucional obstam o desenvolvimento da necessária autoestima por grupos como indígenas, remanescentes de quilombos, praticantes de religiões afro-brasileiras e outros.

Estas minorias sociais, que podem ser percebidas sob diversas óticas (religiosa, racial, de gênero, sexual etc), compartilham entre si o fato de vivenciarem a negação de reconhecimento a partir dos fenômenos sociais da opressão e da dominação. Na formulação de Iris Marion Young (1990, p. 38) a opressão pode ser compreendida como a série de obstáculos institucionais ao desenvolvimento adequado das habilidades individuais, inclusive aquelas relacionadas à interação, comunicação e vocalização de demandas. Trata-se, portanto, daqueles grupos que são privados das condições básicas para desenvolverem as habilidades necessárias à participação no empreendimento social.⁸ A dominação, de outro lado, consiste no oposto da democracia social e política profunda – trata-se do fenômeno pelo qual indivíduos, oprimidos ou não, são impedidos de efetivamente participar no processo coletivo de tomada de decisões em razão das condições institucionais existentes.

⁷ O conceito de “minorias” pode ser aplicado em diversos sentidos. Aqui, refiro-me em específico a uma concepção substantiva de minorias, que as concebe como grupos que padecem de um *status* social relativamente inferior em comparação com os demais grupos sociais. Sobre a ideia de subordinação de *status*, confira-se o pensamento de Nancy Fraser (2007).

⁸ Para a autora, a opressão independe das vontades individuais. Ela se apresentaria em cinco aspectos: a exploração (que diz respeito à transferência do valor ou produto do trabalho de um grupo para outro); a marginalização (que consiste na exclusão social de um grupo, por meio de privação material e de direitos e mesmo extermínio); a falta de poder (implicando raras situações em que um determinado grupo de pessoas pode tomar decisões, em regra submetendo-se a outros); o imperialismo cultural (por meio do qual a visão dominante de um grupo em relação a outro se impõe por meio da desvalorização, invisibilização e estereotipização e manifestações não dominantes); e a violência (que torna um indivíduo alvo pelo simples fato de seu pertencimento a um grupo, sendo igualmente uma característica sistêmica). Qualquer grupo social que sofra com algum destes aspectos pode ser considerado, portanto, vítima de opressão (YOUNG, 1990, p. 38).

A opressão e dominação institucional acabam por converter-se, por sua vez, na exclusão e invisibilização de grupos e demandas. Historicamente, a exclusão está vinculada à atribuição de estigmas a estes grupos, cuja condição humana passa a ser desconsiderada ou minimizada como fundamento para a negação de direitos.⁹ A invisibilização, por sua vez, ocorre quando “o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos” (VIEIRA, 2010, p. 207). Fala-se, portanto, em um problema crônico de não-reconhecimento que se traduz juridicamente na ideia de discriminação.

Diante deste cenário, a constatação da opressão e da dominação pelas quais passam estas minorias sociais torna necessária uma postura ativa do Estado não apenas no campo econômico, mas também no âmbito das relações sociais.

É nesse contexto que se justifica a adoção de mecanismos jurídicos como o direito à adaptação razoável. A adaptação razoável entra em jogo quando a regra geral desconsidera a situação de subordinação histórica e específica a que estão sujeitas as diversas minorias sociais. Assim, este direito funciona como uma válvula de escape, gerando uma exceção à regra geral com o objetivo de adequar a realidade ou procedimentos incidentalmente discriminatórios, para que se promova a inclusão e o respeito à diferença historicamente negados a estes grupos.

3. ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E A TEORIA DA DISCRIMINAÇÃO INDIRETA

Enfrentada a discussão acerca dos fundamentos do direito à adaptação razoável, este item analisa o contexto fático que enseja o reconhecimento de um direito ao tratamento diferenciado a partir do conceito de *discriminação indireta*.

Enquanto fenômeno social, a discriminação pode ser analisada à luz de diversas abordagens – históricas, sociológicas, políticas, antropológicas, psicológicas e tantas outras (RIOS, 2008, p. 20). Como já adiantei, sob uma perspectiva especificamente jurídica, a discriminação consiste no reflexo da negação institucional de reconhecimento (MCCRUDDEN, 1982, *passim*): trata-se do fenômeno pelo qual as estruturas sociais – incluindo as formas de organização e os procedimentos de exercício do poder em uma

⁹ Sobre o conceito de estigma, confira-se estudo de Erving Goffman (1988).

determinada sociedade – produzem a negação (ou obstáculos substanciais) ao gozo e exercício de direitos por indivíduos e grupos sociais em posição de vulnerabilidade (minorias).

Sem prejuízo disso, nem toda situação de negação de direitos coincide com um caso de discriminação como negação de reconhecimento. O Direito opera, via de regra, discriminando – em um sentido amplo, ou seja, selecionando critérios de classificação a partir dos quais se conferem direitos ou deveres a indivíduos e grupos distintos (CASTRO, 1983, p. 46-47; MELLO, 2006, p. 12-13). Sendo assim, em que altura devemos traçar a linha entre a discriminação tolerável, própria da técnica jurídica, e a discriminação constitucionalmente proibida por força do princípio da igualdade?

Para responder a esta pergunta, o ponto de partida mais adequado é o texto constitucional. O princípio da igualdade como não-discriminação encontra-se positivado no artigo 3º, inciso IV da Constituição de 1988, elencando como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos “sem preconceitos de *origem, raça, sexo, cor, idade e quiser outras formas de discriminação*”. Assim, o inciso IV do art. 3º ajuda a identificar, em parte, que formas de discriminação são proibidas pela Constituição de 1988 a partir de um elenco exemplificativo de *critérios de classificação suspeitos*.¹⁰

Não se trata, propriamente, de critérios de classificação proibidos, na medida em que podem ser empregados em certas situações – especialmente quando se trata de promover direitos de grupos selecionados com base nesses critérios. Nesse sentido, e diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, a vedação à discriminação contida no inciso IV do art. 3º não impede a chamada *discriminação positiva* – ou seja, a adoção destes critérios como forma de promover a inclusão de grupos marginalizados (CLEVE; RECK, 2003, p. 34-35).

O que a Constituição de 1988 buscou vedar e superar foi o estabelecimento e a permanência de certas hierarquias sociais existentes e persistentes em nossa sociedade – de modo que não incorporamos, como no direito norte-americano, uma Constituição cega a

¹⁰ O conceito de critérios de classificação suspeitos (*suspect classification*) tem origem no direito norte-americano. Trata-se dos critérios que são empregados, em geral, como meio de promover discriminações odiosas (*invidious discrimination*), como exposto por John H. Ely (1980, p. 145-155).

características como raça, gênero, sexualidade e outras¹¹, mas, sim, uma Constituição cujos olhos estão abertos a estes critérios, precisamente como forma de superar estas hierarquias sociais.

Esta interpretação, que já encontrava lastro no texto originário da Constituição,¹² desenvolveu-se de maneira profícua na literatura jurídica e na legislação,¹³ sendo especialmente reforçada com a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, aprovada na forma do art. 5º, §3º da Constituição Federal e internalizada por meio do Decreto n. 6.949/2009. A Convenção, por integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, constitucionalizou o conceito de discriminação, especificamente aquela praticada contra pessoas portadoras de deficiência, em seu artigo 2º:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.¹⁴

O texto do artigo 2º da Convenção confere, assim, um bom ponto de partida para a análise do princípio da igualdade como vedação à discriminação no direito brasileiro. Interpretando a Convenção segundo o *ethos* constitucional vigente – indo além, portanto, do objetivo específico de superação da discriminação contra pessoas com deficiência – pode-se afirmar que a discriminação vedada pelo princípio da igualdade no ordenamento brasileiro consiste em (1) diferenciações, exclusões ou restrições baseadas em critérios de classificação constitucionalmente suspeitos; (2) com o propósito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício de direitos fundamentais; (3) ou com o efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o gozo e desfrute destes

¹¹ Nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte tem se firmado no sentido de que a Constituição de 1787 seria *colorblind* (ou seja, cega à cor), o que impediria a adoção de qualquer critério, pelo Poder Público, que expressamente favoreça indivíduos com base na raça.

¹² O artigo 37, inciso VIII da Constituição, ao estabelecer o sistema de cotas para pessoas deficientes, é exemplo de como a própria Carta, em sua origem, buscou estabelecer mecanismos de promoção da igualdade e superação ativa da discriminação por meio do favorecimento de grupos marginalizados.

¹³ Cite-se, a este respeito, as leis estaduais que, a partir da década de 2000, passaram a estabelecer sistemas de cotas para acesso ao ensino superior em favor de negros e indígenas.

¹⁴ BRASIL, Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto n. 6.949 de 25 de ago. 2009. Artigo 2º.

direitos; (4) inclusive por meio da recusa de adaptação razoável. Na verdade, o que a Convenção fez foi sintetizar, em poucas palavras, décadas do desenvolvimento do direito da antidiscriminação no Brasil e no mundo.¹⁵ Isto fica mais claro a partir da análise individualizada dos elementos que compõe este conceito constitucional de discriminação.

O primeiro elemento consiste no emprego de critérios de classificação constitucionalmente suspeitos como parâmetro para a atribuição ou não de direitos fundamentais. A já mencionada ideia de *classificações suspeitas* desenvolveu-se inicialmente no direito estadunidense e assumiu destaque na teoria elaborada por John Hart Ely (1980) em seu *Democracy and Distrust*. Para o autor, o controle de constitucionalidade de leis que empregam critérios como a raça e a religião demanda um escrutínio elevado, como forma de evitar a cristalização legislativa de discriminações odiosas, fundadas em preconceitos históricos.¹⁶ Assim, o primeiro questionamento que deve ser feito diante de um possível caso de discriminação diz respeito ao emprego de um desses critérios.

Duas observações devem ser feitas com relação a este elemento. A primeira consiste em uma dificuldade metodológica para sua verificação: como distinguir e qualificar critérios suspeitos e critérios não-suspeitos? A segunda observação diz respeito ao risco de se confundir o objetivo de superação da discriminação real e um objetivo de excluir formalmente do sistema estes critérios de classificação (sem alterar, na prática, os efeitos discriminatórios produzidos).

Com relação à primeira observação, a Suprema Corte do Canadá identificou com precisão, no julgamento do caso *Meiorin*, que a realidade nem sempre se encaixa em

¹⁵ O direito da anti-discriminação desenvolve-se especialmente a partir da segunda metade do século XX a partir da legislação e jurisprudência norteamericana. Nos anos 70, as teorias da discriminação americana são “exportadas” para os países europeus – surgindo, ali, normativas e julgados que, inspirados no que acontecia nos Estados Unidos, passam a desenvolver uma própria sistemática de análise e superação da discriminação. Nos anos 80, a Suprema Corte do Canadá desponta como importante referencial no desenvolvimento de teorias arrojadas sobre o princípio da igualdade e não discriminação à luz da legislação de direitos humanos vigente naquele país. Por fim, a partir dos anos 90 e 2000 os países da América Latina e a Corte Interamericana de Direitos Humanos passaram a incorporar os conceitos e instrumentais desenvolvidos nas décadas anteriores no âmbito do direito comparado e do direito internacional dos direitos humanos.

¹⁶ Entre nós, Carlos Roberto de Siqueira Castro (1983, p. 50) tratou do tema ao afirmar que “determinados traços distintivos não podem servir como critérios de classificação normativa, o que se dá sempre que a Constituição ela mesma considera odiosa e inutilizável a classificação feita com base em tais critérios (invidious discrimination - segundo a nomenclatura norte-americana), como é o caso típico entre nós das classificações por motivo de sexo, raça, trabalho, credo religioso e de convicções políticas. Tal ocorrendo, fica automaticamente subtraída à competência do legislador ordinário a faculdade de estabelecer discriminações com base em tais índices fáticos de diferenciação, incorrendo na eiva da inconstitucionalidade o ato normativo que acaso estabelecê-las”.

conceitos fechados.¹⁷ Na prática, pode se revelar tênue a separação entre o critério suspeito e o critério não-suspeito. Exemplo disso é o critério da gravidez: uma determinada lei que restrinja direitos de pessoas grávidas adota um critério suspeito, considerando que gravidez é um estado biológico que não designa especificamente um gênero? Apesar de poder parecer evidente que, no estado da arte da ciência contemporânea, apenas mulheres engravidam,¹⁸ isto não impediu que tribunais diferentes tenham concluído em sentido diametralmente opostos – ora ignorando a natureza suspeita da classificação baseada na gravidez, ora reconhecendo que se trata, necessariamente, de critério vinculado ao gênero feminino.¹⁹

No segundo sentido, é exemplar o julgamento da ADPF n. 291²⁰, que tratou da constitucionalidade do crime de pederastia, tipificado no art. 235 do Código Penal Militar.²¹ Não havia dúvidas, neste caso, que o dispositivo envolvia um problema grave de discriminação em razão da sexualidade – inclusive referindo-se expressamente ao ato libidinoso homossexual. Também parece razoável – senão indubitável – que o dispositivo foi elaborado com o objetivo de atingir especialmente pessoas homossexuais.²² Ao julgar a constitucionalidade da norma, no entanto, o STF entendeu que o combate à discriminação pretendido pela Constituição estaria satisfeito simplesmente declarando-se a não recepção

¹⁷ Afinal, o conceito, conforme leciona Ricardo Lobo Torres (2006, p. 2), nada mais é do que a “representação abstrata de dados empíricos, podendo de certa forma violentar a realidade”. Não cabe neste estudo, no entanto, aprofundar-me acerca da relevante discussão travada no âmbito da Teoria do Direito acerca da distinção entre “conceito” e “tipo”, bem como suas respectivas características.

¹⁸ A afirmação não subsistiria, no entanto, à adição do elemento da transexualidade ao debate. É que, a partir do momento em que o direito passa a reconhecer devidamente pessoas transexuais, torna-se plenamente possível que homens (transexuais) engravidem. Trata-se, contudo, de uma discussão para outro momento e que foge ao argumento que desenvolvo aqui.

¹⁹ Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, considerou o critério da gravidez como discriminatório, por estar vinculado ao gênero feminino. Em sentido oposto, o Juiz McLachlin da Suprema Corte do Canadá sugeriu que o critério “gravidez”, desde que aplicável genericamente a todos, poderia ser considerado como sendo neutro (CANADÁ, Suprema Corte, *British Columbia – Public Service Employee Relations Commission v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.).

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291, Relator Min. Roberto Barroso, Plenário, Julgamento em 28 out. 2015.

²¹ BRASIL, Código Penal Militar, Artigo 235: Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar (...).

²² Com efeito, o Código Penal Militar foi promulgado em 1969, quando a participação de mulheres nas Forças Armadas era praticamente inexistente – até então, isto apenas havia ocorrido pontualmente durante a Segunda Guerra Mundial. É apenas em 1992, quase trinta anos após a entrada em vigor do CPM que a primeira turma de mulheres foi matriculada na Escola de Administração do Exército, conforme dados oficiais divulgados pelo Ministério da Defesa (“A História da Mulher no Exército”, <http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEURI/content/a-historia-da-mulher-no-exercito>. Acesso em 03 fev. 2017). Este dado foi inclusive reiterado nos autos da ADF n. 291 e sublinhado no voto original proferido pelo Min. Roberto Barroso – que veio a ser alterado posteriormente.

da expressão “homossexual ou não” – mantendo-se, de resto, a integralidade do texto.²³ Não se buscou analisar quem eram os destinatários daquela norma, não foram trazidos dados sobre o percentual de pessoas homossexuais condenadas em comparação com o percentual de pessoas heterossexuais punidas – enfim, nenhum dado relevante para a análise dos possíveis efeitos discriminatórios da norma foram considerados.²⁴ A preocupação com a letra da lei substituiu a preocupação com as pessoas reais. O “critério suspeito” ocupou a centralidade que caberia ao princípio da não discriminação, prejudicando, ao fim, a minoria constitucionalmente protegida.

Pretendo, com estas observações, destacar a necessidade de se interpretar o primeiro elemento da discriminação vedada pela Constituição de 1988 de maneira adequada ao seu objetivo emancipatório. Falar, portanto, em discriminação baseada em critério suspeito não significa que a prática ou norma se fundamente literal, formal ou expressamente em raça, gênero, sexualidade ou outros critérios proscritos. Significa, em realidade, que não se admite a discriminação cujos critérios eleitos atingem de maneira específica grupos constitucionalmente protegidos – minorias em situação de vulnerabilidade e marginalização históricas.

Em outras palavras, a análise deve focar-se em verificar se o critério de classificação empregado é determinante ou substancialmente relevante para que se concretize o próprio fenômeno da discriminação contra estes grupos vulnerabilizados. O liame entre o critério e o grupo ou pessoas atingidas – e não o critério em si tomado isoladamente – é o que importa, de modo que, quanto maior a proximidade entre o critério e o grupo, maior o grau de “suspeição” e vice-versa.²⁵ Trata-se, contudo, de uma análise apriorística, na medida em que a discriminação pode ainda assim se concretizar em razão do emprego de critérios que não apresentam nenhum vínculo razoavelmente claro com um determinado grupo – ou seja, critérios de classificação neutros.

²³ Em termos tecnicamente adequados, a decisão do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial da norma, especificamente com relação à expressão “homossexual ou não”.

²⁴ Destaque-se, no entanto, que o voto original proferido pelo Ministro Roberto Barroso – alterado por força do resultado final do julgamento – expressamente referenciou a discriminação indireta causada pelo dispositivo. O Ministro inclusive citou julgamentos do Superior Tribunal Militar que evidenciariam a situação de discriminação – apesar de não haver trazido, a toda evidência, um levantamento substancial acerca da aplicação da norma.

²⁵ Esta constatação é especialmente relevante quando avançarmos para a distinção conceitual entre discriminação direta e discriminação indireta. É que, na primeira, o vínculo entre o critério e o grupo é aprioristicamente forte em razão de questões sociais e estruturais existentes; ao passo que, na segunda, o vínculo entre o critério e o grupo é aprioristicamente fraco.

É neste sentido que se deve avançar aos dois elementos seguintes que caracterizam uma discriminação: o *propósito* e o *efeito* de subtrair ou obstaculizar direitos. Ao incorporar estes elementos ao conceito de discriminação, a Convenção buscou lidar com duas formas de discriminação que vinham sendo reconhecidas no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos desde os anos 60: a *discriminação direta* e a *discriminação indireta*.

A discriminação direta é tradicionalmente concebida como aquela em que uma determinada norma ou prática jurídica discrimina frontalmente, não só por empregar de maneira expressa um critério de classificação constitucionalmente proscrito ou suspeito, como também, segundo Rios (2008, p. 89-116) por apresentar uma intenção (subjéctiva ou objectiva)²⁶ de marginalizar uma determinada minoria. Segundo o autor, quando a discriminação é intencional, o intuito discriminatório pode se revelar no curso da elaboração do ato impugnado (hipótese em que se fala de discriminação directa explícita, quando o critério de classificação indevido é expressamente inserido na norma ou quando a própria concepção da norma, ainda que não empregue o critério,²⁷ considera o propósito discriminatório); ou mesmo no momento de sua aplicação, quando ocorre o fenómeno que Daniel Sarmento (2006, 147-148) identificou como discriminação *de facto*.

Não são poucos os autores que afirmam que a ideia de discriminação directa tornou-se quase inútil nos últimos anos. Francisco Campos (2013), em artigo originalmente publicado em 1947, chegou a afirmar que a igualdade perante a lei, enquanto princípio que veda esta espécie de discriminação, só seria aplicável às relações económicas, visto que “[n]ão existe hoje, com efeito, ainda que remoto, o perigo de que venha a restabelecer-se uma ordem social fundada sobre discriminação de classes sociais”. No direito estrangeiro, Reva B. Siegel (1998, p. 1111) sustentou que, com a invalidação de diversas legislações frontalmente discriminatórias, a discriminação jurídica teria se adaptado às teorias vigentes de modo a operar por meio de efeitos transversos, tornando inoperante a teoria da discriminação directa. Afirmção semelhante foi feita, também, por Rios (2008, p. 117), no

²⁶ É dizer, o objetivo da discriminação prejudicial pode ser verificado na própria elaboração da norma ou pode decorrer dos propósitos objetivos inferidos a partir da interpretação do texto normativo. Especificamente sobre o tema do intuito discriminatório, a obra de John H. Ely (1980, p. 159) se destaca. Sobre a interpretação a partir dos propósitos objetivos da norma, confira-se o que sustenta Barak (1993, p. 767).

²⁷ De maneira que discriminação directa não implica, necessariamente, uso de critérios evidentemente suspeitos – na linha, inclusive, do que afirmei anteriormente.

sentido de que, atualmente, “na maior parte dos casos, as medidas, decisões e práticas discriminatórias não se revelam explicitamente”.²⁸

A constatação de que a discriminação não opera apenas quando estabelecidos “sistemas de castas” ensejou, então, o desenvolvimento de um novo conceito de discriminação capaz de abarcar os modelos institucionais e normativos que, sem classificar expressamente pessoas e grupos com base em critérios constitucionalmente proscritos e sem apresentar necessariamente o propósito de discriminar, ainda assim produzem efeitos indesejados.

A *discriminação indireta* consiste neste exato fenômeno, que mereceu diversas abordagens no direito comparado. No Brasil, a literatura jurídica desenvolveu este conceito²⁹ especialmente à luz da construção norte-americana³⁰, articulada a partir da doutrina do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*).³¹ Esta teoria teve como principal característica o fato de ter se afastado da ideia de *propósito* discriminatório em favor da análise dos *efeitos* discriminatórios gerados por normas, medidas ou práticas. Seria possível, a partir deste novo arcabouço teórico, reconhecer a existência de discriminação, não como decorrência de um intuito discriminatório ou do uso expresso de critérios como raça, religião, gênero etc., mas, sim, em razão dos efeitos desproporcionalmente prejudiciais que uma norma ou prática gera sobre um determinado grupo protegido.

É a partir deste contraponto entre discriminação direta e discriminação indireta que se torna possível compreender o vínculo entre esta última espécie de discriminação e o direito à adaptação razoável como mecanismo para sua superação.

Os casos de discriminação direta são solucionados, a princípio, a partir de um instrumental já desde há muito assentado em nossa prática jurídica. Verificado o indevido emprego de critérios suspeitos (ou seja, a discriminação direta), o intérprete deve

²⁸ Em igual sentido, SARMENTO, 2006.

²⁹ A exemplo dos estudos de Rio (2008), GOMES (2001), SARMENTO (2006). Destaque-se, em contraponto, o trabalho elaborado por Leticia Martel (2011), que analisou a discriminação indireta e o direito à adaptação razoável à luz dos ordenamentos norteamericano, canadense e europeu.

³⁰ Sem prejuízo disso, e apesar do vanguardismo norte-americano, a teoria da discriminação indireta não se restringe à construção da literatura e jurisprudência naquele país. Com efeito, importantes contribuições foram desenvolvidas no direito comparado e no direito internacional dos direitos humanos.

³¹ Curiosamente, há apenas um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos em que se encontra a expressão “indirect discrimination” – inserida, no entanto, em uma citação de nota de rodapé. Trata-se do caso *University of California Regents v. Bakke*, que tratou da constitucionalidade do emprego do critério racial para o ingresso no ensino superior, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

reconhecer a inconstitucionalidade da norma – seja para excluir do ordenamento jurídico uma determinada restrição indevida ao gozo de direitos, seja para expandi-los aos grupos que antes não eram atingidos por estes direitos.

Essa atuação, no entanto, é incapaz de lidar com o fenômeno complexo da discriminação indireta. É que, diferentemente do que ocorre com a discriminação direta, a discriminação indireta pode ser produzida a partir de atos revestidos uma legitimidade apriorística. Esta legitimidade repousa, em uma primeira análise, (i) no princípio democrático ou (ii) no princípio da liberdade como autonomia da vontade. No primeiro caso, refiro-me à discriminação indireta perpetuada por atos ou práticas adotadas pelo Poder Público. Neste caso, a discriminação é consequência direta da invisibilidade de certas demandas – que acabam sendo desconsideradas em favor de vontades muitas vezes legítimas que baseiam as decisões dos atores políticos. No segundo caso, trato da discriminação indireta promovida por atos ou práticas privadas, adotadas por vezes como forma de promover algum interesse legítimo no exercício da autonomia privada.

Seria equivocado, neste contexto, simplesmente pretender solucionar a discriminação indireta a partir da negação dos atos ou práticas analisadas. É certo que, eventualmente, estes atos podem ser simplesmente ignorados – quando, por exemplo, conclua-se que os critérios adotados não subsistem a uma análise de proporcionalidade ou razoabilidade. O que fazer, contudo, com critérios plenamente adequados e razoáveis à luz de objetivos constitucionalmente tutelados?

Exemplo clássico de hipótese desse tipo é o caso da aprovação em vestibulares como critério para acesso ao ensino superior. Apesar de diversas reformas promovidas no sistema, segue correta a afirmação no sentido de que o vestibular gera uma discriminação indireta contra certas minorias estigmatizadas – notadamente minorias raciais, mas também outros grupos que ainda acessam de maneira deficiente o ensino superior.³² Ocorre que, apesar disso, a opção constitucional vigente é a de garantir o acesso ao ensino superior “segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, inciso V). Excluir por completo algum

³²Sobre o tema, confira-se IKAWA, 2010, p. 390-391. Apenas a título exemplificativo, em cursos disputados como Medicina o percentual de pessoas negras chega a ser inferior a 3% (três por cento), segundo os dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais referentes aos alunos concluintes em 2010. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/05/20/negros-ainda-sao-minoria-entre-formados-no-ensino-superior.htm>>. Acesso em 03 fev. 2017.

mecanismo de avaliação para ingresso nas instituições de ensino superior parece, neste arcabouço constitucional, pouco viável.

É neste contexto que se desenvolve, como alternativa para superação da discriminação indireta, o instituto das ações afirmativas. Trata-se de mecanismo de atuação estatal ou de entes privados que objetiva corrigir as desigualdades sociais históricas e atuais por meio de discriminações positivas de diversas espécies.³³ Na medida em que são capazes de influenciar a realidade de maneira ampla, minimizando ou rompendo com as desigualdades sociais estruturais, as ações afirmativas parecem ser, nos tempos atuais, medida indispensável à superação das diversas formas de discriminação indireta. Não são, contudo, a única forma.

Com efeito, há diversas situações em que a discriminação indireta demanda uma solução imediata, ainda que compromissória. O direito à adaptação razoável surge, assim, como um relevante mecanismo de combate à discriminação cujo objetivo não é propriamente eliminar a desigualdade existente, mas, sim, acomodar os grupos afetados de modo a reduzir na maior medida possível os impactos sofridos. Isto significa não só que uma medida deverá ser adotada pelo agente da discriminação, como também que alguma cooperação será exigida daqueles atingidos pela situação de desigualdade³⁴ – de tal maneira que a adaptação razoável pode ser concebida como um processo bilateral de cooperação entre agentes e sujeitos da discriminação indireta.³⁵ Um processo bilateral, vale dizer, compulsório – cuja negativa, por parte daquele que tem o dever de acomodar, configura discriminação nos termos do já mencionado artigo 2º da Convenção sobre Direitos de Pessoas com Deficiência. Cumpre analisar, a seguir, estes pontos de maneira mais detida.

³³ Segundo a definição de Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 40), as ações afirmativas definem-se como “um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.

³⁴ Na linha do que foi afirmado pela jurisprudência canadense, notadamente nos casos *O'Malley e Alberta* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human rights commission)*, (1990) 2 S.C.R. 489].

³⁵ Isto não significa dizer que adaptação razoável e políticas de ação afirmativa não possam coexistir. Ambas são, segundo suas próprias estruturas e objetivos, mecanismos que permitem a maior inclusão de grupos vulneráveis, promovendo seu reconhecimento e, assim, o princípio da igualdade jurídica em sua função de expansão do direito. No entanto, para fins de analisar a discriminação indireta em suas etapas, a existência ou não de políticas de ação afirmativa não atrai, nem afasta sua configuração – apesar de sua adoção ser desejável, principalmente nos contextos em que a acomodação seja inviável. Feitas estas considerações, passo a analisar o direito à adaptação à luz do conceito de “razoável”, de modo a definir os limites da acomodação proposta.

4. O DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E SUAS CARACTERÍSTICAS

Não é possível estabelecer, em abstrato, um conteúdo específico do direito à adaptação razoável. A acomodação dependerá, invariavelmente, da análise da discriminação praticada em um caso concreto, e, em um mesmo caso, poderá assumir diferentes variações. Mais do que buscar estabelecer um rol de possíveis direitos à acomodação, é essencial definir, primeiramente, as características do direito à adaptação razoável e a metodologia para sua aplicação em casos concretos. Este item se volta para a primeira parte desta empreitada.

Sustento, aqui, que o direito à adaptação razoável possui três principais características, quais sejam: (i) adjudicabilidade; (ii) eficácia vertical e horizontal; e (iii) relatividade. Trata-se, em alguma medida, de características atribuídas, em geral, aos próprios direitos fundamentais e que, no caso da adaptação razoável, assumem certas particularidades.

A característica da adjudicabilidade consiste na percepção de que a acomodação consiste em direito subjetivo que, violado, permite ao titular satisfazer judicialmente sua pretensão. Neste sentido, a adaptação razoável distingue-se das políticas de ações afirmativas. Em ambos os casos, trata-se de instrumentos voltados à superação da discriminação (inclusive da discriminação indireta). No entanto, enquanto a adaptação razoável pode ser exigida em juízo – seja por um indivíduo ou um grupo de indivíduos –, as ações afirmativas dependerão, em geral, da atuação dos órgãos políticos, que definirão seus traçados, metas e âmbito de aplicação.³⁶

Em segundo lugar, o direito à adaptação razoável tem eficácia vertical e horizontal, podendo ser exigido tanto em face do Poder Público, quanto de particulares. Esta constatação está intrinsecamente relacionada com o próprio desenvolvimento da teoria da

³⁶ Não quero dizer, com isso, que a via judicial seja completamente obstada quando se trata de ações afirmativas. Não só a eficácia programática, como especialmente a eficácia interpretativa, vedativa do retrocesso e da proteção insuficiente viabilizam o controle judicial destas medidas. Mais recentemente, ainda, o Supremo Tribunal Federal, ao acolher a tese do estado de coisas inconstitucional, identificou a possibilidade de o Poder Judiciário exercer uma função desestabilizante quando diante de quadros de grave inconstitucionalidade estrutural – compelindo a elaboração de políticas públicas voltadas a superação deste panorama, por parte dos poderes políticos. Sobre os aspectos positivos que a atuação Judicial pode gerar sobre a promoção de direitos fundamentais, confira-se Sabel e Simon (2004, p. 1015).

discriminação indireta, cuja gênese situa-se no direito do trabalho³⁷. São diversas as espécies de atos, práticas ou medidas podem gerar alguma forma de exclusão ou de restrição no exercício de direitos por grupos vulneráveis. Testes de aptidão aplicados em ambientes de trabalho³⁸, leis ou atos normativos editados pelo Poder Público³⁹, regulamentos ou exigências formulados por entes privados⁴⁰, políticas adotadas pelo Poder Público⁴¹ e, até mesmo, a construção de obras em determinados moldes⁴² – por exemplo, não sendo previstas rampas e outras modalidades de acesso para pessoas deficientes – são apenas alguns exemplos disto. Uma formulação do direito à adaptação razoável que fosse incapaz de lidar com o fato de que tanto particulares quanto o Poder Público podem ser agentes da discriminação seria, assim, insuficiente para a promoção do princípio da igualdade.⁴³

Em terceiro lugar, o direito à adaptação razoável é caracterizado por sua relatividade. A ideia de relatividade dos direitos fundamentais vincula-se, especialmente, à natureza principiológica deste direito, que permite sua concretização em diferentes graus, de acordo com os contextos jurídicos e fatos em que são violados. No caso da adaptação razoável, esta relatividade ganha um conteúdo mais específico que decorre do conceito adotado pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu artigo 2º:

³⁷ Com efeito, a teoria origina-se na interpretação conferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao Título VII do *Civil Rights Act* de 1964, no julgamento paradigmático de *Griggs v. Duke Power Co.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971)].

³⁸ Trata-se precisamente da hipótese analisada no caso *Griggs v. Duke Power Co.* (Id.).

³⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *M. L. Ruzius-Wilbrink vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten*, Caso C-102/88, 13 de Dezembro de 1989; ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça da Nação, R. 350. XLI, 04 de Setembro de 2007.

⁴⁰ Os casos *O'Malley e Bhinder* ilustram esta hipótese [CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, (1985) 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, (1985) 2 S.C.R. 561].

⁴¹ A exemplo do caso das mulheres *desplazadas* na Colômbia (COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Sentencia de Tutela nº T-025, 22 de Janeiro de 2004 e COLOMBIA, Tribunal Constitucional, Auto nº A-092/08).

⁴² O supramencionado caso *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia* exemplifica esta situação, na medida em que a hipótese tratava da diferença na discriminação gerada pelos parâmetros de construção de postes de energia elétrica em bairros habitados pela população de Roma (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Caso 83/14 [2015], Colect. 480, 16 de Julho de 2015).

⁴³ Tratando do tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito brasileiro, Daniel Sarmiento (2006, p. 239) elenca a extrema desigualdade social brasileira como um dos fatores determinantes para afastar teses de não-incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para o autor, “[e]ssas tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos direitos humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência”.

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes *necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido*, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (grifei).

O direito à acomodação, portanto, não é um direito à acomodação *a qualquer custo*. Ou seja, não se trata de um direito à máxima acomodação possível, e sim de um direito à acomodação *razoável*, vedando-se a imposição de medidas desnecessárias, inadequadas e, especialmente, que gerem “ônus desproporcional ou indevido”. A incorporação da ideia de razoabilidade ao direito à acomodação, especialmente com relação à vedação de imposição de ônus desproporcional ou indevido, traduz deferência à percepção de que, como formulado por Flavio Galdino (2005), “direitos não nascem em árvores”. O combate à discriminação e seus efeitos perniciosos, ainda que de extrema relevância no contexto constitucional vigente, não pode se desconectar da realidade de que as alterações na realidade implicam custos – e que estes custos serão suportados por alguém. No caso de um direito oponível tanto contra o Poder Público quanto contra particulares, estes custos serão suportados pela integralidade da população ou por pessoas específicas.

Neste sentido, é necessário definir com exatidão o que significa uma adaptação “razoável”, em contraposição a uma adaptação “não-razoável”. Letícia Martel (2011), ao tratar do tema, identificou no direito comparado três principais⁴⁴ entendimentos sobre os limites do direito à acomodação: uma primeira posição afirma que o dever de acomodar é limitado pelo critério da razoabilidade e do ônus indevido, este interpretado por um teste de *minimis* – segundo o qual a existência de qualquer ônus sobre aquele que tem o dever de acomodar é suficiente para afastar o direito à adaptação razoável. Uma segunda posição afirma que o dever de acomodar sofre a restrição apenas do parâmetro do ônus indevido, considerado à luz do princípio da proporcionalidade. Por fim, uma terceira posição afirma que a acomodação é limitada pelo ônus indevido, que não se confunde com a proporcionalidade. Enquanto esta consistiria em análise aplicável aos atos normativos em geral, a adaptação razoável diria respeito às práticas administrativas públicas ou privadas. Assim, a adaptação razoável decorrente da discriminação indireta imporia exclusivamente a verificação acerca da existência ou não de ônus excessivo – de modo que a adaptação

⁴⁴ Além da proposta de Martel, que será objeto de análise em seguida, a autora também buscou analisar o entendimento dos tribunais europeus, sem delimitar com precisão os significados que vem sendo atribuídos naquelas Cortes à adaptação razoável e seus limites.

razoável implica a máxima acomodação até o limite do ônus excessivo imposto àquele sobre quem recai o dever de acomodar (MARTEL, 2011, p. 100).

A essas correntes, Martel adiciona sua proposta de análise da adaptação razoável à luz do binômio razoabilidade-ônus indevido. Quanto à razoabilidade, a autora sugere que ela seja interpretada à luz do que é “eficaz” para a adaptação – no sentido de que se devem adotar os mecanismos capazes de acomodar com o mínimo de segregação e estigma contra o grupo vulnerável. O ônus indevido, por sua vez, deveria ser analisado sob duas perspectivas: primeiro, poder-se-á falar em ônus indevido quando a finalidade da medida geradora da discriminação for esvaziada e, em segundo lugar, se poderá falar em ônus indevido a partir de uma comparação entre custos e benefícios da medida – não se limitando o conceito de custos à questão econômico-financeira, mas também os benefícios em geral trazidos pela adaptação, tanto às pessoas diretamente afetadas quanto a terceiros (ibid., p. 103).

No que pesem estas diversas posições, não se pode ignorar que o texto normativo que confere os contornos da adaptação razoável no Brasil emprega termos já conhecidos em nossa jurisprudência: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.⁴⁵ Sustento, assim, que uma interpretação adequada ao contexto constitucional brasileiro deve compreender a “adaptação razoável” como uma adaptação proporcional⁴⁶ – ou seja, a medida que objetiva a acomodação de grupos vulneráveis deve atender aos subprincípios da proporcionalidade, de maneira semelhante à segunda posição apresentada por Martel.

Além da questão atinente aos custos dos direitos, a relatividade da adaptação razoável se justifica pelas próprias condições em que este direito surge. É que, em determinados casos de discriminação indireta, nem sempre será possível garantir o pleno direito à igualdade e, portanto, à máxima adaptação empírica ou normativa à necessidade de reconhecimento dos grupos vulneráveis⁴⁷. Significa dizer que, em alguma medida, o

⁴⁵ Na forma do art. 2º da Convenção, a adaptação razoável “significa as modificações e os ajustes *necessários e adequados* que não acarretem *ônus desproporcional ou indevido*”.

⁴⁶ Esta possibilidade é reforçada, ainda, pela posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos que podem ser empregados como sinônimos.

⁴⁷ Esta é a crítica de Day e Brodsky (1996, p. 433), segundo a qual a acomodação razoável não atinge a estrutura social desigual, assumindo uma postura assimilacionista que “acomoda” os diferentes sem alterar a realidade de perpetuação das diversas formas de opressão e dominação. Confirma-se: “*The difficulty with this paradigm is that it does not challenge the imbalances of power, or the discourses of dominance, such as racism, able-bodyism and sexism, which result in a society being designed well for some and not for others. It allows those who consider themselves ‘normal’ to continue to construct institutions and relations in their image, as long as others, when they challenge this construction are ‘accommodated.’ Accommodation,*

grupo vulnerável permanecerá em uma posição de relativa desigualdade, ainda que seja uma posição melhor que aquela em que se encontrava antes. Sendo assim, a acomodação razoável enquanto solução para a discriminação indireta opera como uma alternativa de “segundo melhor”.

Não poderia ser diferente. Em primeiro lugar porque, no contexto de pluralismo, é inviável que grupos sociais sejam blindados contra todos os males da vida cotidiana. É certo que minorias merecem especial atenção quanto aos efeitos negativos que sofrem na sociedade. No entanto, a própria ideia de que não há mundo social sem perda⁴⁸ impõe reconhecer que não se pode garantir – nem a grupos vulneráveis, nem a qualquer outro grupo social – um direito à máxima estima social.⁴⁹

Some-se a isto que a adaptação razoável não exclui outros mecanismos de promoção da igualdade. Sob a perspectiva jurídica, como já afirmado, a adaptação razoável pode coexistir com a adoção de ações afirmativas que objetivem superar discriminações institucionais em um nível estrutural mais amplo. Sob a perspectiva social, a adaptação razoável convive com – e, ao promover condições para a obtenção de autorrespeito, contribui para – o desenvolvimento das lutas sociais em favor de grupos historicamente marginalizados. Não se trata, portanto, de identificar os limites da adaptação razoável como falhas da teoria, mas sim compreender que não é possível atribuir a um só mecanismo – qualquer que seja – a função de realizar plena e isoladamente os exigentes objetivos emancipatórios constitucionais.

Mais que isso, significa compreender, também, que para estes grupos situados em uma situação de vulnerabilidade social, mesmo uma mínima garantia de acomodação pode ser capaz de promover mudanças sociais substancialmente efetivas. Ao promover uma

conceived this way, appears to be rooted in the formal model of equality. As a formula, different treatment for 'different' people is merely the flip side of like treatment for likes. Accommodation does not go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed. Accommodation seems to mean that we do not change procedures or services, we simply 'accommodate' those who do not quite fit. We make some concessions to those who are 'different', rather than abandoning the idea of 'normal' and working for genuine inclusiveness. In this way, accommodation seems to allow formal equality to be the dominant paradigm, as long as some adjustments can be made, sometimes, to deal with unequal effects. Accommodation, conceived of in this way does not challenge deep-seated beliefs about the intrinsic superiority of such characteristics as mobility and sightedness. In short, accommodation is assimilationist. Its goal is to try to make 'different' people fit into existing systems”.

⁴⁸ A ideia é atribuída a Isaiah Berlin por John Rawls (2000, p. 244).

⁴⁹ Destaque-se que, para Honneth, a garantia de autorrealização ultrapassaria os limites da esfera do Direito e mesmo da esfera da estima social (HONNETH, 2004, 166-167).

inclusão – ainda que sub-ótima – de grupos cujo acesso a determinados direitos era previamente negado, possibilita-se que novas demandas sejam formuladas, permitindo uma expansão progressiva do direito.⁵⁰

Há, ainda, outro sentido específico a partir do qual se deve entender a relatividade da adaptação razoável. Seguindo a linha do que tem reconhecido a jurisprudência canadense, todo o processo de análise da adaptação razoável é permeado por um dever de cooperação entre os partícipes na situação de discriminação indireta⁵¹. Neste sentido, é não só permitido, como encorajado que as partes apresentem sugestões de adaptação, permitindo que se identifiquem as alternativas mais razoáveis – ou seja, mais adequadas à promoção da igualdade, com a menor onerosidade possível.⁵² A adaptação razoável implica, portanto, um processo bilateral de concessões mútuas, de modo que a relatividade deste direito é dinâmica. Ou seja, o direito desenvolve-se de uma maneira viva a partir da interação das partes, evitando-se uma postura juriscêntrica que imputaria ao juiz a função de meramente “revelar”, pela ponderação, a solução do caso concreto

Feitas estas considerações, concluo a seguir com a apresentação de uma proposta de metodologia para a análise e aplicação do direito à adaptação razoável em casos de discriminação indireta.

5. DISCRIMINAÇÃO INDIRETA E DIREITO À ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: uma proposta metodológica

A discriminação indireta e o direito à adaptação razoável suscitam discussões profundas sobre as diversas e perniciosas formas de desigualdade e as mais diversas formas pelas quais os cidadãos podem se ver negado em seu direito ao reconhecimento. Precisamente em razão da complexidade do tema, é relevante definir uma metodologia para a análise de casos de discriminação indireta e, em última análise, para aferir a existência e os contornos do direito à adaptação razoável em cada caso.

⁵⁰ Na linha do que afirmou Honneth (2003) alicerçado, também, na teoria de T. H. Marshall.

⁵¹ A exemplo do caso *O'Malley* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁵² Neste sentido, afasta-se do modelo norteamericano que prevê a adaptação razoável como uma sugestão que pode ser feita pela parte afetada, mas que, se irrazoável ou apresentando ônus indevido, afastaria o dever de acomodar.

Proponho, aqui, uma análise que se separa em três etapas: (1) a apresentação de um caso *prima facie* de discriminação indireta; (2) a análise da justificação do ato, prática ou medida geradora da discriminação indireta; e (3) a análise quanto à existência e limites do direito à adaptação razoável no caso concreto.

Na *primeira etapa*, deve ser demonstrada a existência de um ato público ou privado que emprega critérios de classificação aparentemente neutros e que produz determinados efeitos adversos negativos contra uma pessoa ou grupo constitucionalmente protegidos, notadamente com relação à aquisição ou gozo de direitos ou benefícios. Já tratei, anteriormente, da ideia de proteção às minorias sociais e do conceito de critérios de classificação suspeitos (em contraposição aos critérios aparentemente neutros). É relevante, então, analisar mais detidamente a ideia de produção de efeitos adversos ou de impacto desproporcional.

Como já afirmado, a discriminação indireta não pode ser inferida do próprio ato discriminatório – ela se revela, pelo contrário, a partir da análise dos efeitos concretos da aplicação da norma. A ideia de que o impacto da medida deve ser *desproporcional* está intrinsecamente relacionada com a teoria norte-americana de discriminação indireta. A este respeito, é necessário ressaltar aqui que a ideia de desproporcionalidade trazida dos americanos – e reiterada na jurisprudência de diversas Cortes – não se confunde em nenhuma medida com a aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto princípio instrumental de solução de conflitos entre os princípios. A expressão “*disproportionate impact*”, no sentido empregado pela Suprema Corte e pelos teóricos norte-americanos da discriminação indireta, é sinônimo de “*disparate impact*”, que nada mais é que um impacto fundamentalmente distinto ou desigual⁵³. É possível inclusive identificar julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos em que a ideia de impacto desproporcional é tratada também sob a perspectiva dos *adverse effects*, ou efeitos adversos,⁵⁴ de tal maneira que os conceitos podem ser considerados como intercambiáveis.

Considerando que a proporcionalidade, no ordenamento brasileiro, possui um significado jurídico e teórico já sedimentado, parece mais adequado adotar a ideia de

⁵³ De fato, o termo *disparate*, predominante entre os americanos, traduz-se como díspar, desigual, diverso, discrepante, dessemelhante, distinto, incomensurável (HOUAISS, 2005, p. 218).

⁵⁴ Esta referência foi feita, por exemplo, nos casos *Ricci v. DeStefano* e *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); e ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Texas Department of Housing and Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*, 576 U.S. (2015)].

efeitos ou mesmo impactos *adversos*. Neste sentido, a adversidade dos efeitos do ato discriminatório é revelada sob uma perspectiva comparativa: deve-se analisar a situação da pessoa ou grupo que não sofre os efeitos tidos por adversos, em comparação com a pessoa ou grupo que os sofre, verificando se é possível afirmar que o grupo eventualmente discriminado de fato sofre com uma restrição ou exclusão substancial em comparação com os demais.

Disto decorre uma inafastável questão de natureza probatória. Como demonstrar a produção de efeitos adversos decorrentes de um ato aparentemente neutro? Ou seja, de que maneira é possível afirmar que houve a produção de efeitos adversos ou que, pelo contrário, todos os indivíduos se submetem igualmente ao risco de sofrer algum impacto negativo em razão da aplicação de critérios neutros de classificação?

É possível identificar, no direito comparado, três mecanismos de comprovação dos efeitos adversos: (1) a existência de indícios razoáveis de que uma determinada medida produzirá impactos substancialmente negativos; (2) a demonstração estatística dos efeitos adversos que permite concluir pela possível existência de uma discriminação; e, por fim, (3) a apresentação de experiências individuais que revelem a produção de efeitos adversos. Cumpre analisar estes mecanismos em maior detalhe.

O primeiro mecanismo tem natureza prognóstica: trata-se do potencial discriminatório do ato. Não se demonstra, aqui, uma discriminação que ocorreu, mas sim uma cuja concretização pode ser razoavelmente esperada em razão da aplicação do ato aparentemente neutro.⁵⁵ Esta forma de verificação do impacto adverso pode ser encontrada acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1946/DF. De fato, ADI n. 1946/DF consiste no *leading case* brasileiro acerca da adoção da teoria da discriminação indireta. Tratava-se de analisar, ali, a constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998, que estabeleceu o teto dos benefícios previdenciários. Sob relatoria do Ministro Sydney Sanches, o acórdão proferido pelo STF reconheceu que a aplicação irrestrita do teto causaria discriminação indireta contra mulheres – na medida em que a distribuição do ônus da licença maternidade para a iniciativa privada conduziria, por conclusão lógica, à menor contratação de mulheres.

⁵⁵ Esta tem sido, também, a abordagem empregada pelo direito comunitário europeu que, dispensando a prova estatística, tem aplicado a tese de que as medidas poderão ser consideradas discriminatórias desde que intrinsecamente capazes de gerar prejuízos a grupos protegidos (FREDMAN, 2011, p. 187).

Percebe-se que a conclusão pela inconstitucionalidade da norma não foi alcançada pelo tribunal, naquela hipótese, a partir de provas concretas no sentido de que a promulgação da emenda houvesse implicado, nos meses em que vigeu seu artigo 14, concreta e efetiva discriminação contra a mulher. Pelo contrário, verificou-se que o estabelecimento do teto, com relação à licença gestante, poderia razoavelmente gerar a discriminação combatida pela Constituição, pelo que foi de plano excluída a possibilidade de que sua aplicação se desse nos termos gerais e irrestritos que a interpretação literal do texto normativo indicaria.

Diferentemente do que ocorreu nesse caso, contudo, é possível haver uma situação em que o ato discriminatório já tenha produzido seus impactos substancialmente negativos sobre os grupos protegidos. Nestas hipóteses, é possível lançar mão de uma segunda forma de demonstração da discriminação: a análise estatística.⁵⁶

A demonstração estatística da discriminação, contudo, só tem sentido quando se fala em uma discriminação indireta de natureza coletiva. Diga-se: aquela espécie de discriminação que afeta todo um grupo, produzindo seus efeitos de tal modo que, ainda que todos os indivíduos pertencentes àquele grupo sejam impactados, uma análise individualizada pode não ser suficiente para demonstrá-la. Exemplo disto se dá com relação à discriminação salarial entre homens e mulheres em uma determinada empresa. Visto que diversos fatores impactam na definição da remuneração devida a cada empregado, seria difícil afirmar que o salário recebido por uma empregada específica seria inferior ao de seu colega do sexo masculino exclusivamente em razão de seu gênero. Em outras palavras, pode haver uma série de justificativas razoáveis para que uma mulher especificamente considerada receba menos que um homem que exerça o mesmo cargo em uma empresa.

Nestas situações, a análise estatística revela-se essencial como forma de demonstrar a existência (ou a inexistência) de uma efetiva discriminação estrutural e institucional contra a mulher – revelando-se, por exemplo, que uma parcela considerável das mulheres recebe comparativamente menos que os homens posicionados nos mesmos cargos, o que mulheres são em geral alocadas em posições de menor prestígio que homens.⁵⁷

⁵⁶ Foi o que fez, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *D.H. e outros* (UNIÃO EUROPEIA, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *D.H. e Outros v. República Checa*, App. n.º 57325/00, 13 de Novembro 2007).

⁵⁷ A desigualdade de gênero é uma realidade global. A despeito disso, é preocupante que o Brasil esteja situado na 97ª posição no ranking do Índice de Desigualdade de Gênero da Organização das Nações Unidas, que engloba 188 países (Cf. <http://hdr.undp.org/en/composite/GII>, Acesso em: 03 fev. 2017).

A questão não se resume, por evidente, ao gênero ou às relações de emprego. No âmbito das relações raciais, é cotidiano o emprego da análise estatística como forma de revelar a discriminação indireta sofrida por negros em diversas esferas. No contexto brasileiro, em que até hoje é excepcional o acesso de negros e negras a posições de destaque – acadêmicas, sociais e profissionais – e, em contraste, é lugar comum encontrá-los entre os números mais preocupantes⁵⁸, a análise estatística se revela importante ferramenta de exposição da discriminação indireta sofrida por esta parcela da população.

O emprego da estatística como mecanismo de prova da discriminação indireta tem encontrado obstáculo, contudo, na ausência de uma cultura de coleta de informações difundida, seja no Brasil (SARMENTO, 2006, p. 139), seja, como afirma Sandra Fredman (2011, p. 184), em diversos outros países. Tratando-se de minorias sociais, este problema é ainda mais acentuado, na medida em que, quanto mais invisível ou estigmatizado for um grupo, menos dados estatísticos haverá sobre sua realidade social.⁵⁹

Mesmo quando os dados existam, seu significado pode não ser claro.⁶⁰ Com efeito, dados isolados podem ser insuficientes na demonstração da discriminação indireta – por vezes números que poderiam sugerir uma discriminação real são plenamente justificáveis a depender da situação analisada. Por exemplo, enquanto a afirmação de que pouco mais de 10% dos parlamentares brasileiros são mulheres⁶¹ pode indicar a existência de uma realidade discriminatória no acesso ao processo legislativo majoritário, seria difícil sustentar

⁵⁸ Em 2012, mais de 60% da população carcerária brasileira era composta por negros de baixa escolaridade, segundo o mapa do encarceramento elaborado pela Secretaria Geral da Presidência da República. Trata-se de um percentual quase duas vezes superior ao da população carcerária branca, que correspondia a aproximadamente 35% dos presos (BRASIL, Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/encarceramento_WEB.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2017).

⁵⁹ A exemplo disso, vale mencionar o caso das pessoas transexuais no Brasil. Pesquisa desenvolvida pela Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ buscou, entre outros, localizar estudos estatísticos tratando da expectativa de vida desta população. Apesar de haver menções esparsas, principalmente na *internet*, sobre uma suposta expectativa de vida média de 35 anos, fato é que inexistem dados confiáveis produzidos por órgãos públicos ou entes privados sobre esta questão. Este problema se insere, por certo, na discussão que posiciona no cerne do direito à informação e do controle das políticas públicas a necessidade de definir “o que informar”. A este respeito, confira-se Barcellos (2008).

⁶⁰ Fredman (2011, p. 184) destaca ainda as incertezas quanto aos grupos que devem ser analisados pela coleta de dados e quanto aos métodos de comparação que devem ser empregados na análise.

⁶¹ INESC, *Eleições 2014: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos*. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

que o mesmo número indicaria uma realidade discriminatória caso se tratasse, por exemplo, da representação de uma minoria étnica de pouca expressividade na população brasileira⁶².

Com isso, concluo que, apesar de a estatística ser uma ferramenta importante na demonstração do impacto negativo sobre um determinado grupo, ela deve ser considerada à luz das características específicas do grupo afetado e da situação analisada, levando em conta inclusive o fato de que distorções e disparidades podem ocorrer com relação a qualquer grupo social, sujeito ou não à discriminação institucional.

Sem prejuízo disso, a análise estatística parece ser mais acentuadamente inadequada nos casos que versam sobre discriminação indireta individual – em que os efeitos adversos do ato discriminatório são constatáveis a partir da análise de casos isolados e independentemente do fato de que todo um grupo é ou pode ser afetado pela medida. Exemplo mais expressivo destas situações é a hipótese de discriminação indireta por motivos religiosos – quando a fixação de horários e dias de trabalho ou de vestimentas para o exercício da profissão podem violar a liberdade de culto e a proteção à manifestação individual de certas crenças religiosas.⁶³

Nestas situações, a existência de uma regra geral que de alguma forma impede o exercício pleno da liberdade religiosa pelos indivíduos afetados poderia produzir efeitos para toda a parcela da população que compartilhasse as cosmovisões destas pessoas. Não é necessário, no entanto, proceder a uma análise quanto aos impactos coletivos gerados pelo ato para que fique constatada a concretização da discriminação. Pelo contrário, a discriminação sofrida individualmente por cada pessoa afetada é suficiente para comprovar a violação ao princípio da igualdade e da não discriminação, visto que a restrição à liberdade religiosa individual deflui diretamente da aplicação pontual da norma geral e abstrata à hipótese concreta. Assim, pode-se somar à análise estatística e aos indícios razoáveis da discriminação indireta, também, a demonstração individual da concretização da discriminação.

⁶² Isto gera uma outra preocupação que diz respeito aos parâmetros estatísticos que distinguem uma situação discriminatória de uma não discriminatória. Nos Estados Unidos, tem-se aplicado um parâmetro de 4/5 – de tal forma que se a representação de qualquer grupo for inferior a 80% da representação do grupo mais bem representado, haverá evidência de impacto desproporcional (ibid., p. 186).

⁶³ No direito comparado, estas situações foram analisadas em julgados como os casos *O'Malley e Bhinder*, julgados pela Suprema Corte do Canadá (CANADÁ, Suprema Corte, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 SCR 536; e CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561)

Demonstrada a existência de efeitos adversos produzidos em desfavor de grupos vulneráveis, está configurado um caso de discriminação indireta *prima facie*. A mera constatação dessa realidade não permite, contudo, extrair consequências jurídicas de imediato. Segue-se, aqui, para uma segunda etapa da análise da discriminação indireta, voltada para a aferição da justificção do ato à luz do princípio da proporcionalidade.

A possibilidade de justificar-se um ato que produz tais efeitos sobre minorias sociais decorre da ideia, já mencionada anteriormente, de que a vida em sociedade implica perdas. Ou seja, a ninguém é garantido viver apenas experiências positivas, de modo que a todo tempo, diversos grupos e pessoas sofrem impactos negativos em razão de atos públicos e privados. Sendo assim, deve-se permitir a defesa da legitimidade jurídica da prática potencialmente discriminatória, capaz inclusive de mantê-la no ordenamento jurídico apesar de seus efeitos.

No direito comparado, três principais mecanismos foram empregados com o objetivo de justificar ou afastar um caso de discriminação indireta *prima facie*. São eles os parâmetros da (1) necessidade do negócio (*business necessity*), da (2) justificativa negocial (*business justification*) e a (3) exigência do cargo adotada de boa-fé (*bona fide occupational requirement*).

A justificativa negocial consiste em uma exigência de que haja uma adequação lógica racional entre os critérios de classificação empregados pelo ato discriminatório e um determinado objetivo comercial almejado a partir dessa classificação⁶⁴. Trata-se, portanto, de uma exigência que se pode dizer *fraca*, no sentido de que qualquer vínculo lógico entre o critério de classificação e seu objetivo final seria suficiente para afastar a discriminação indireta. Em contraposição, a necessidade do negócio impõe *standards* mais rígidos para a aferição da legitimidade do ato impugnado. Não basta, aqui, adequação lógica entre o critério empregado e qualquer objetivo comercial – o ato deve ser, mais que isso, necessário, no sentido de que sem ele não seria possível o desenvolvimento regular e eficiente da atividade pretendida. Além disso, a aplicação do parâmetro da necessidade do negócio leva, em diversos contextos, à necessidade de se demonstrar também que não haveria outros meios menos prejudiciais ao grupo ou pessoa afetados capazes de promover

⁶⁴ Esta é a definição que decorreu do julgamento do caso *Wards Cove* [ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, *Wards Cove Packing Co. v. Antonio*, 490 U.S. 642 (1989)].

igualmente a finalidade do negócio.⁶⁵ A exigência do cargo adotada de boa-fé (ou, simplesmente, exigência adotada de boa-fé), por fim, consiste nas hipóteses em que o critério adotado para a ocupação de uma determinada posição, apesar de produzir efeitos discriminatórios, é essencial ao regular exercício das funções atribuídas àquela posição⁶⁶. Trata-se de um mecanismo aplicado tradicionalmente aos casos de discriminação direta em que o emprego de um critério de classificação proibido é necessário – como, por exemplo, no caso de se exigir que determinados agentes penitenciários que atuem em uma prisão masculina e que tenham contato com os presidiários sejam homens.

Apesar de distintos entre si, os três mecanismos de justificação de atos discriminatórios possuem características em comum. Em primeiro lugar, os três critérios foram desenvolvidos visando à superação da discriminação no ambiente de trabalho. Não é de se causar estranheza, portanto, que à luz de uma vasta jurisprudência tratando de critérios para a admissão, promoção e remuneração de empregados, se fale em justificativas *comerciais* ou *negociais* dos atos discriminatórios. Em segundo lugar, estes mecanismos se assemelham no sentido de que consistem em testes distintos que visam a aferir, em níveis distintos, a razoabilidade dos atos discriminatórios. Assim, a justificativa negocial busca verificar uma razoabilidade mínima – a mera racionalidade ou, segundo o teorizado por Luís Roberto Barroso, a razoabilidade interna⁶⁷ – dos atos discriminatórios. A necessidade do negócio, assim como a exigência de boa-fé, busca um parâmetro de razoabilidade mais robusto, que acrescenta à exigência de racionalidade um dever de demonstrar também a necessidade da medida – ou seja, que não há outros meios para atender aos objetivos pretendidos senão pelo emprego do critério adotado.

Estes traços comuns revelam sua insuficiência no combate efetivo a toda forma de discriminação indireta. Em primeiro lugar porque os três, por estarem intrinsecamente vinculados – inclusive terminologicamente – às relações trabalhistas e empresariais, não se prestam ao combate de discriminações indiretas que se revelem em outros contextos. Como falar em justificação ou necessidade do negócio de atos do Poder Público que buscam concretizar o interesse público, e não uma atividade de cunho comercial? A gramática das

⁶⁵ Exigência esta prevista já no *Title VII* do *Civil Rights Code*.

⁶⁶ No Canadá, trata-se da definição adotada no caso *Bhinder* e nos que o seguiram, cf. CANADÁ, Suprema Corte, *Bhinder & Canadian Human Rights Commission v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

⁶⁷ Ou seja, a razoabilidade que se encontra dentro do próprio ato, dizendo respeito à “existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” (BARROSO, 1996, p. 207).

exigências comerciais é inapropriada em um contexto mais amplo da análise da discriminação indireta, especialmente em se tratando de direitos fundamentais existenciais.

Ainda, enquanto exigências de razoabilidade, os três critérios são também insuficientes à luz da tendência internacional de se adotar um modelo mais completo de aferição da legitimidade de atos que restringem direitos fundamentais. Refiro-me, aqui, ao princípio ou regra da proporcionalidade enquanto mecanismo de solução de conflito entre direitos fundamentais⁶⁸. Veja-se: os três mecanismos desenvolvidos à luz das teorias da discriminação indireta consistem em análises monofásicas ou bifásicas de razoabilidade – é dizer, exigindo a adequação lógica entre o ato e seu objetivo ou, de maneira mais completa, também a necessidade deste ato com relação às alternativas disponíveis. O princípio da proporcionalidade, como desenvolvido e aplicado em ordenamentos jurídicos europeus, de outro lado, emprega uma análise trifásica que considera não só a adequação lógica da medida impugnada e sua necessidade, como também uma etapa de ponderação entre finalidades conflitantes (ALEXY, 2008, *passim*; PEREIRA, 2006, *passim*; SWEET; MATHEWS, 2008-2009, p. 97).

Neste sentido, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode figurar como alternativa adequada aos mecanismos da justificativa e necessidade negociais e da exigência de boa-fé, visto que é aplicável, em tese, à generalidade de casos de discriminação indireta, além de adicionar uma última etapa de aferição da legitimidade do ato – potencializando o objetivo de combate à discriminação. Some-se a isso que o princípio da proporcionalidade tem sido amplamente adotado e reconhecido pela jurisprudência e teóricos no Brasil – não sendo necessário enfrentar, assim, as dificuldades que seriam levantadas pela simples importação de qualquer dos três mecanismos analisados.

Assim, nesta segunda fase, deve-se analisar se a medida causadora da discriminação indireta é adequada aos fins (não-discriminatórios) que pretende promover. Ainda, deve-se verificar se a medida é necessária, no sentido de que não existam outras medidas não-discriminatórias capazes de, na mesma medida, produzir os efeitos desejados. Por fim, o interesse tutelado pela medida geradora da discriminação deve ser cotejado com o princípio da igualdade e da não discriminação, em uma análise ponderativa, de modo a avaliar se a medida pode permanecer. É nesta última etapa que devem ser considerados os ônus que a

⁶⁸ Sobre a natureza da proporcionalidade, se princípio ou regra, confira-se Silva (2002, p. 23).

eliminação da medida pode gerar ao agente da discriminação, em comparação com o grau de promoção da igualdade daí decorrente.

Por fim, a terceira etapa trata da possibilidade de acomodação razoável. Assim, caso o ato seja justificado na segunda etapa, deve-se analisar as alternativas de acomodação apresentadas pelas partes, visando à superação ou máxima mitigação da discriminação concretizada, sem que se imponham ônus desproporcionais sobre o sujeito do dever de acomodar. Também neste caso, à luz do disposto no art. 2º da CDPD, as alternativas apresentadas devem ser submetidas ao princípio da proporcionalidade. No entanto, aqui não se trata de analisar se o ato discriminatório pode subsistir no ordenamento e, sim, se a alternativa de adaptação proposta é, em si, proporcional.

Diante disto, a análise da proporcionalidade da acomodação deverá considerar os seguintes parâmetros: em primeiro lugar, deve-se analisar se a medida é adequada à promoção da igualdade e à inclusão da pessoa ou grupo afetado pela medida. Caso a medida seja inidônea, não se deve prosseguir à análise, reputando-se irrazoável a acomodação sugerida.

Em caso de se verificar a adequação da medida, passa-se à análise da necessidade – ou seja, da existência de outras medidas aptas a promover em mesmo grau o objetivo de igualdade, com menor restrição sobre o sujeito do dever de acomodar, gerando-lhe menos ônus. Tendo em vista que, aqui, o objetivo da proporcionalidade é efetivamente buscar identificar uma solução ao caso de discriminação indireta, a eventual verificação da existência de outros meios de adaptação menos onerosos e igualmente ou mais capazes de promover a igualdade implica não apenas reputar desproporcional a adaptação pretendida, como também a necessidade de substituí-la pela(s) medida(s) consideradas como mais adequadas e menos onerosas.

Por fim, deve-se analisar a proporcionalidade em sentido estrito da adaptação pretendida – aqui se inserem, também, as considerações acerca do nível de restrição que sofrem os interesses buscados pela medida geradora da discriminação⁶⁹.

Lembre-se ainda, na linha do que foi afirmado no item anterior, que o processo de aplicação do direito à adaptação razoável exige das partes afetadas – ou seja, tanto do sujeito titular do direito à acomodação, quanto daquele que tem o dever de acomodar – um

⁶⁹ Este ponto foi identificado por Martel (2011, p. 107) como um primeiro aspecto à luz do qual deve ser interpretado o conceito de ônus.

dever de cooperação⁷⁰, de modo que ambas as partes devem estar dispostas (e ser incentivadas) a apresentar soluções para a situação em jogo.⁷¹

As três etapas de análise dos casos de discriminação indireta devem ser concebidas como sucessivas. Com isso, são quatro os possíveis resultados da aplicação desta metodologia: (1) o caso de discriminação indireta *prima facie* é refutado pela ausência de um de seus elementos; (2) o ato causador da discriminação indireta *prima facie* não sobrevive à segunda etapa, reputando-se integralmente inconstitucional à luz do princípio da igualdade. Ainda, é possível que (3) o caso de discriminação indireta *prima facie* sobreviva à segunda etapa, reputando-se proporcional, sendo possível identificar uma alternativa que permite a superação ou mitigação da discriminação com relação aos grupos ou indivíduos afetados. Surge, aqui, o direito à acomodação dos afetados e o contraposto dever de acomodar por parte do sujeito que causa a discriminação indireta. Por fim, pode ocorrer de (4) o caso de discriminação indireta *prima facie* sobreviver à segunda etapa, mas, na terceira etapa, não serem identificadas medidas proporcionais capazes de superar ou mitigar a discriminação indireta.⁷² Neste caso, o ato gerador da discriminação indireta é reputado legítimo e os grupos ou indivíduos afetados deverão submeter-se aos seus critérios de classificação.

Por evidente, após serem realizadas as três etapas da análise da discriminação indireta, espera-se que a situação de desigualdade gerada pelo ato aparentemente neutro tenha sido superada ou minimizada substancialmente – seja pelo afastamento do ato, por meio da proporcionalidade aplicada na segunda etapa, seja pela garantia de acomodação aos grupos afetados, realizada também à luz da proporcionalidade. Apesar disso, é

⁷⁰ A exemplo do caso *O'Malley* [CANADÁ, Suprema Corte, Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, (1985) 2 SCR 536].

⁷¹ Neste sentido, afasta-se do modelo norteamericano que prevê a adaptação razoável como uma sugestão que pode ser feita pela parte afetada, mas que, se irrazoável ou apresentando ônus indevido, afastaria o dever de acomodar.

⁷² Deve-se destacar, a respeito deste último resultado possível, que a própria ideia de adaptação razoável pode ser incompatível com algumas formas de discriminação indireta. Tome-se, por exemplo, os exames de ingresso na universidade pública. Dois casos de discriminação indireta têm sido identificados ao longo dos anos neste contexto. Um deles consiste na aplicação de provas aos sábados – o que impediria ou dificultaria sobremodo a realização dos exames por parte de adeptos de religiosidades que impõem a guarda sabática. Outro caso diz respeito à própria constatação da discriminação contra pessoas negras – cuja representatividade entre os classificados nestes exames é baixíssima. Enquanto na primeira hipótese é possível pensar – e, de fato, pensou-se – em mecanismos de avaliação (é o caso da realização de exame em horários distintos), a solução da discriminação racial no acesso ao ensino superior não perpassa a acomodação razoável. Pelo contrário, o segundo cenário depende da coordenação de diversas estratégias – de efetivas políticas públicas, como é o caso da adoção de cotas raciais no ensino superior.

impossível garantir que esta aplicação gerará uma igualdade plena em favor dos grupos vulneráveis. Esta conclusão, contudo, longe de indicar algum vício na proposta aqui formulada, apenas revela um fato de longa data constatada por diversos autores: o problema da desigualdade, apesar de poder ser trabalhado pelo Direito, foge ao seu total controle.

Significa dizer que, mesmo no contexto de um constitucionalismo da efetividade que busque a concretização real das promessas constitucionais, o Direito por si só não é capaz de resolver todos os problemas sociais – para isso, é essencial que os indivíduos e grupos sociais sejam organizados de tal forma a promover as lutas por reconhecimento para além do direito. Não há, pois, garantia jurídica de felicidade. O que a igualdade como não discriminação pode – e deve – garantir é que todos os mecanismos possíveis serão aplicados para que todos possam trilhar dignamente seus próprios caminhos.

6. CONCLUSÃO

As quatro partes em que se dividiu este trabalho tiveram como objetivo sustentar, em primeiro lugar, a necessidade de o Direito apresentar mecanismos que garantam o reconhecimento e promoção de minorias em situação de marginalização e de vulnerabilidade. Com isso, o Direito passa a operar como mecanismo de superação da opressão e dominação que atingem estes grupos, potencializando e garantindo o pluralismo que marca as sociedades ocidentais modernas. Um destes mecanismos, segundo sustentei, é o direito à acomodação razoável.

Assim, na segunda parte deste artigo, sustentei que a acomodação razoável surge especificamente em casos de discriminação indireta. Em contraposição à discriminação direta, a discriminação indireta tem como principal característica a atenção aos efeitos (e não aos propósitos) discriminatórios causados por práticas, medidas ou atos aparentemente neutros. São estes efeitos, que impactam significativamente grupos vulnerabilizados e marginalizados, que merecem resposta do Direito. No entanto, precisamente porque a discriminação indireta não produz exclusivamente efeitos discriminatórios, o tratamento destas situações deve atentar aos diversos interesses legítimos que se contrapõem nestes casos. A adaptação razoável surge, assim, como um direito que permite resguardar estes interesses, sem desatentar à necessidade de superar ou mitigar a desigualdade produzida.

Assim, na terceira parte deste artigo sustentei que a adaptação razoável, enquanto direito, é caracterizada especialmente por sua adjudicabilidade, por sua eficácia horizontal e vertical e por sua relatividade. Com isso, pretendi sustentar que a adaptação razoável – diferentemente de outros mecanismos de superação da discriminação, como as ações afirmativas – pode ser exigida de imediato, inclusive judicialmente e independentemente atuação legislativa prévia. Trata-se de direito que pode ser exigido, ainda, tanto em face do Poder Público, quanto em face de particulares cujas medidas, atos ou normas produzam efeitos discriminatórios contra minorias. Por fim, trata-se de direito marcado pela sua forte característica relativa, na medida em comporta conformações diversas de acordo com cada hipótese concreta e, igualmente, porque depende de (e exige) concessões mútuas entre as partes conflitantes.

Ao fim, apresentei uma proposta de metodologia para a identificação da discriminação indireta e para a aplicação do direito à adaptação razoável a partir de três etapas. A primeira etapa consiste, precisamente, na demonstração de que estão presentes os elementos caracterizadores de um caso *prima facie* de discriminação indireta – a existência de um ato público ou privado; o emprego de critérios de classificação que possam ser considerados aparentemente neutros; e a produção de efeitos adversos negativos contra a fruição de direitos por uma pessoa ou grupo em situação de vulnerabilidade ou marginalização. Na segunda etapa, sustento que devem ser analisadas as justificações do ato que produz a discriminação indireta – sujeitando-o a um teste de proporcionalidade que analise a medida, ato ou norma à luz dos interesses que pretende promover. Caso o ato, medida ou norma superem estas duas etapas iniciais, sustento que deve ser analisada a possibilidade de acomodação razoável da pessoa ou grupo discriminados. Significa dizer que se deve analisar se há medidas capazes de promover a igualdade, sem gerar ônus excessivo e indevido para aquele que tem o dever de acomodar e de modo a compatibilizar (ou coordenar, sem suprimir) os direitos e interesses em jogo. Afirmei, no entanto, que nem sempre a aplicação desta metodologia implicará um resultado final de eliminação da discriminação identificada, especialmente à luz do fato de que nem todo caso de discriminação indireta encontrará alguma solução (ainda que compromissória) no mecanismo da adaptação razoável. Isso não significa, no entanto, que a metodologia proposta esteja a apontar no sentido da conformação e da resignação. Pelo contrário, o reconhecimento de que há casos em que nem mesmo a adaptação razoável é possível

funciona, sim, como reforço à necessidade de pensar-se estratégias amplas e coordenadas para que seja possível atingir, efetivamente, uma realidade menos desigual e mais inclusiva – que é, afinal, o compromisso constitucional que o Brasil firmou em 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

BARAK, A. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 14, p. 767-774, 1993. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3701>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BARCELLOS, A. P. D. *Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático*: algumas propostas sobre o tema da informação, 2008. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAMPOS, F. Igualdade de todos perante a lei. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, n. Edição Comemorativa 2014, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98310>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

CASTRO, C. R. D. S. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CLÈVE, C. M.; RECK, M. B. As ações afirmativas e a efetivação do princípio constitucional da igualdade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003.

DAY, S.; BRODSKY, G. The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? *Canadian Bar Review*, 75, 1996.

DWORKIN, R. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University, 2000.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FRASER, N. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001.

FRASER, N. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

FREDMAN, S. *Discrimination Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GALDINO, F. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOFFMAN, E. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 1988.

GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003.

HONNETH, A. Redistribution as Recognition: A Response to Nancy Fraser. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Tradução de Joel Golb e James Ingram. London: Verso, 2004.

HOUAISS, A. *Dicionário inglês-português*, 15. ed., Rio de Janeiro: Record, 2005.

INESC. *Eleições 2014*: Congresso Nacional permanecerá desigual nos próximos 4 anos. Disponível em <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2014/outubro/eleicoes-2014-congresso-nacional-permanecera-desigual-nos-proximos-4-anos>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

MARTEL, L. D. C. V. Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, 8, n. 14, jun. 2011.

MCCRUDDEN, C. Institutional Discrimination. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, n. 3, 1982.

MELLO, C. A. B. D. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, J. *A Theory of Justice*: Revised Edition. Cambridge: Belknap, 1999.

RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SABEL, C. F.; SIMON, W. H.. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, fev. 2004.

SANDEL, M. J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, R. E.; PETTIT, P. *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Oxford: Blackwell, 1997.

SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In:

SARMENTO, D. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, R. Why equal protection no longer protects: the evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*, n. 49, p. 1111-1148, 1997.

SILVA, V. A. D. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, p. 23-50, 2002.

SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 47, p. 97-159, 2008-2009.

TAYLOR, C. The Politics of Recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

TORRES, R. L. O princípio da tipicidade no direito tributário. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 5, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

VIEIRA, O. V. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

WALZER, M. *Spheres of Justice: In Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

YOUNG, I. M. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.