

Artigos

As ações afirmativas de corte étnico-racial pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2002-2013)

Thula Rafaela de Oliveira Pires¹

Kamila Sousa Lima²

Resumo

O presente trabalho inscreve-se no âmbito de investigações sobre atuação do Direito como agente de perpetuação ou enfrentamento das desigualdades raciais. Pretende-se contribuir para análise do Racismo Institucional no Poder Judiciário, mais especificamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a partir do levantamento de sua atuação no julgamento de ações relacionadas às políticas afirmativas de corte étnico-racial. Foram analisadas as ações judiciais julgadas em segunda instância pelo TJRJ entre os anos de 2002 e 2013. Buscou-se perceber como a “cegueira à cor” e o racismo institucional influenciam a tomada de decisões judiciais sobre essas demandas.

Ethnic-racial affirmative action by Court of the State of Rio de Janeiro (2002-2013)

Palavras-chave

Ações Afirmativas; Racismo Institucional; Poder Judiciário.

Abstract

This work falls within the framework of research on the role of law as an agent of perpetuation or fighting of racial inequality. It is intended to contribute to analysis of Institutional Racism in the judiciary, specifically in the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, from the time of their performance at the trial related to ethnic-racial affirmative action policies. Lawsuits judged on appeal by TJRJ between the years 2002 and 2013 were analyzed. Goal was to see how the “color blindness” and institutional racism influence judicial decision-making on these demands.

Keywords

Affirmative Action; Institutional Racism; Judiciary.

O Direito se inscreve na luta antirracismo no Brasil no momento em que formalmente se reconhece o alto grau de desigualdade racial no país e as normas passam a ser elaboradas com declarado intuito de combate ao racismo. Por esse motivo, não se atribui às leis que pavimentaram o processo de abolição formal da escravatura (Lei Eusébio de Queiroz-1850, Lei do Ventre Livre-1871, Lei dos Sexagenários-1885, Lei Áurea-1888) a conotação de normas de combate ao racismo. Essa é uma postura recente e o enfrentamento pelo Direito extremamente lento e gradual³.

Do período imperial à década de oitenta do século XX, muitos são os motivos que levaram ao não comprometimento normativo com o combate às desigualdades raciais. É com o processo constituinte de 1987/88 e a conjuntura de redemocratização após a ditadura militar que se pode perceber uma atuação mais significativa nesse sentido. Com viés repressivo⁴, voltado à execução de políticas públicas⁵ ou valorização da cultura e memória negra⁶ foram sendo desenvolvidas medidas públicas de forte caráter simbólico, mas parco potencial emancipatório.

A Constituição de 1988 consagra-se como documento normativo de luta de diversos setores da sociedade brasileira. Para enfrentamento do racismo foram propostas medidas afirmativas, transformativas e repressivas. As medidas afirmativas caracterizam-se por serem medidas concretas destinadas a assegurar igualdade de oportunidades e garantia de exercício de direitos fundamentais a grupos sociais historicamente oprimidos, agindo diretamente sobre o sistema de privilégios existentes. Ações transformativas são entendidas como aquelas destinadas a alterar padrões culturais, morais e sociais que naturalizam e perpetuam relações de dominação. As medidas repressivas, por sua vez, pretendem coibir normativamente práticas discriminatórias, utilizando-se do aparelho repressor do Estado para impor sanções restritivas de direitos e liberdades àqueles que desrespeitam o Outro.

Após realização, em 1986, da Convenção Nacional do Negro sob o tema O Negro e a Constituinte, responsável por definir as prioridades a serem levadas à discussão na constituinte, sagraram-se “consensuais” as seguintes demandas: 1) a obrigatoriedade do ensino de história das populações negras na construção de um modelo educacional contra o racismo e a discriminação; 2) a garantia do título de propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas; 3) a criminalização do racismo; 4) a previsão de ações compensatórias relativas à alimentação, transporte, vestuário, acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos

demais direitos sociais; 5) liberdade religiosa; e, 6) a proibição de que o Brasil mantivesse relações com os países que praticassem discriminação e que violassem as Declarações de Direitos Humanos já assinadas e ratificadas pelo país⁷.

Entre as propostas apresentadas pelo Movimento Negro e as normas aprovadas pelo constituinte originário figuram explicitamente as de caráter transformativo e repressivo. As primeiras podem ser exemplificadas pelos dispositivos que redefinem o papel do negro no processo civilizatório nacional, notadamente a partir das normas sobre educação e cultura. A medida repressiva mais emblemática é aquela que transforma o racismo em crime inafiançável e imprescritível. As referências mais diretas às ações afirmativas não constam do texto final, mas podem ser justificadas pela interpretação sistemática do texto constitucional, principalmente a partir do Preâmbulo e dos artigos 3º IV, 7º XXX, 227, entre outros⁸.

Os bens constitutivos que geram maior mobilidade social e podem, com isso, impactar mais diretamente as estruturas sociais são a terra/propriedade e a educação. De outro lado, a ineficácia histórica das normas criminalizadoras no combate à discriminação pode explicar o porquê da elite política brasileira ter privilegiado a adoção das medidas de caráter repressivo e dificultado sobremaneira a adoção de ações afirmativas e iniciativas de acesso à terra pelas comunidades quilombolas.

O direito enquanto instrumento de controle social reproduz as hierarquizações morais dominantes, utiliza-se de categorias de sujeitos que são contingentemente estabelecidas e a partir delas promove avaliações binárias, ao estabelecer noções de lícito/ilícito, legal/ilegal, entre outras. Para além da perspectiva tradicional, os estudos críticos da raça⁹ permitem uma análise contingente das normas, atenta, sobretudo, à denúncia dos mecanismos jurídicos que, a despeito de uma aparente neutralidade e imparcialidade, produzem e perpetuam desigualdades.

Para além do tratamento da legislação sob esse prisma, pretende-se contribuir com reflexões sobre os problemas do Direito em garantir a adequada aplicação das normas de caráter emancipatório, em virtude do racismo institucional característico de nossos tribunais. As políticas de caráter repressivo foram anteriormente investigadas (PIRES e LYRIO, 2014). Depois de desenvolver o tratamento dado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aos casos de racismo, optou-se, no presente artigo, por levantar a sua atuação em relação às políticas públicas afirmativas de corte étnico-racial decorrentes das leis estaduais que estabeleceram a política de cotas no Estado do Rio de Janeiro.

Adoção da política decotas de corte étnico-racial no Estado do Rio de Janeiro

Apesar de o Estado brasileiro adotar ações afirmativas há algum tempo (PIRES, 2013) e o conceito albergar políticas públicas de características distintas, pretende-se nesse momento trazer algumas informações sobre o processo de adoção da política de cotas de viés étnico-racial no Estado do Rio de Janeiro.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) foi a primeira universidade a adotar cotas raciais no processo seletivo de ingresso em seus cursos. A primeira norma a instituir o sistema de reserva de vagas para ingresso nas universidades públicas estaduais foi a Lei nº 3524 de 2000 que estabeleceu cotas para alunos que tivessem cursado integralmente os ensinos fundamental e médio em instituições da rede pública municipal e estadual. Em 2001 foi promulgada a norma que instituiu política de cotas com viés racial. A Lei nº 3708/01 estabeleceu cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações pretas e pardas no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da UERJ e da UENF (Universidade Estadual do Norte Fluminense).

Essa norma foi regulamentada pelo Decreto 30766/2002 que, entre outras questões disciplinou que: a) o modelo de identificação racial se daria pela auto-declaração; b) as universidades definiriam autonomamente os critérios mínimos de qualificação para acesso às vagas dos cotistas; c) as vagas reservadas não preenchidas deveriam ser aproveitadas primeiramente por candidatos negros e pardos, de outra origem escolar, qualificados para o ingresso; e d) fosse instituído o Conselho para a Promoção Educacional Superior das Populações Negra e Parda (COPESENEP) vinculado à Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia.

As leis 3524/2000 e 3708/2001 foram objeto de questionamento de sua constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que decidiu, no caso em que houve julgamento de mérito, pela sua inconstitucionalidade em virtude do percentual de reserva de vagas por elas determinado, considerado pela decisão como desproporcional:

Este relator entende que, ‘em tese, afigura-se legítima a aplicação de ações afirmativas que têm por objetivo estabelecer reserva de cota mínima obrigatória em benefício das minorias raciais em universidades públicas’. [...] Até onde, porém, a reserva de cotas pode ser estabelecida, sem que se firam outros direitos, também fundamentais? [...] S. Exa. Disseca o princípio da proporcionalidade e chega ao conceito desta em sentido estrito, para concluir que a reserva estabelecida pela

Lei nº 3.708, de 19.11.2001, porque geradora de desproporcionalidade insuperável, torna-se inconstitucional. (TJRJ. Órgão Especial. Arguição de Inconstitucionalidade nº 15/2005, Relator Des. Silvio Teixeira)

Em setembro de 2003 foi aprovada a lei 4151, que revogou as duas anteriores e acabou por inviabilizar a apreciação abstrata de constitucionalidade das ações afirmativas de corte étnico-racial pelo TJRJ, por tornar as ações movidas contra as leis 3524/00 e 3708/01 sem objeto. A norma ampliou o rol dos beneficiários da política de cotas, identificando como estudantes carentes: I) estudantes oriundos da rede pública de ensino¹⁰ (20% das vagas); II) negros (20% das vagas); III) pessoas com deficiência, integrantes de minorias étnicas (5% das vagas). Foi mantido o modelo da autodeclaração e a autonomia universitária na definição dos critérios mínimos de qualificação. Merece destaque o artigo 5º da lei que definiu o prazo de cinco anos de vigência para os percentuais anteriormente definidos, admitindo que lei posterior alterasse sua distribuição.

Em 2007, a Lei 5074 alterou parcialmente a norma acima descrita para incorporar entre os beneficiários da política de cotas os filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço. A reserva dessas vagas passou a ser atrelada aos 5% já definidos para portadores de deficiência.

Passados os cinco anos de vigência dos percentuais definidos pela lei 4151/2003 foi editada a lei 5346/2008 que trouxe importantes contribuições para o processo de implementação das cotas raciais no Estado do Rio de Janeiro. Em primeiro lugar, instituiu por dez anos o prazo de vigência do sistema de cotas. Em linhas gerais, foram mantidos os beneficiários já contemplados pela norma anterior, com destaque para alteração da previsão “integrantes de minorias étnicas” por “indígenas” e para a alteração na distribuição dos percentuais das vagas que passou a ser: 20% para negros e indígenas, 20% para estudantes oriundos da rede pública (em todo território nacional)¹¹ e 5% para pessoas com deficiência e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

Houve avanço não apenas no acesso à universidade mas incentivos à permanência do aluno com a obrigação do Estado proporcionar a inclusão social dos estudantes cotistas e seu ingresso no mercado de trabalho através de algumas medidas como: pagamento de bolsa-auxílio durante o curso universitário, reserva de vagas na administração direta e indireta, instituição de programas específicos de crédito, entre outros.

A lei 5346/2008 teve sua constitucionalidade questionada junto ao TJRJ pelo Deputado Flavio Bolsonaro que pretendia retirar a validade jurídica de todos os dispositivos da lei. Liminarmente, em 25 de maio de 2009, o órgão especial do Tribunal suspendeu a eficácia da lei até o julgamento de mérito. Em 18 de novembro de 2009, ao julgar o mérito da representação de inconstitucionalidade o TJRJ afirmou a constitucionalidade da norma.

Merece destaque o fato de que no pedido consta a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos da lei, mas que o Deputado tenha envidado seus esforços para combater apenas as cotas para negros e indígenas e o sistema da autodeclaração. Houve silêncio e, portanto, reconhecimento da validade da reserva de vagas para alunos da rede pública de ensino, portadores de deficiência e filhos de policiais civis, militares, bombeiros militares e de inspetores de segurança e administração penitenciária, mortos ou incapacitados em razão do serviço.

A aludida violação ao princípio da isonomia foi respondida pelo Tribunal nos seguintes termos:

A igualdade prevista na Constituição Federal e repetida na Constituição do Estado do Rio de Janeiro é a igualdade substancial. Se assim não fosse, ainda estaríamos na época do Império, cuja Carta consagrava o princípio da igualdade, mas permitia a convivência do indigitado princípio com a vergonha do regime escravocrata. Essa igualdade superficial, discriminadora, paradoxal, defendida por aqueles que não vislumbram a sua ineficiência e o seu objetivo único de manutenção de privilégios, não é mais a igualdade que a nossa Constituição Estadual apregoa. (TJRJ. Órgão Especial. Representação por Inconstitucionalidade nº 9/2009. (Processo nº 0034643-67.2009.8.19.0000 (2009.007.00009), Relator Des. Sérgio Cavalieri Filho).

Houve também uma preocupação do Desembargador Relator em afirmar o respeito à meritocracia:

Cumprir lembrar que a política de cotas não é capaz de inserir todos os seus beneficiários na universidade. Entre eles há também uma competição, pois o número de vagas é pequeno. De tal sorte que ela dá aos seus destinatários a chance de chegar à universidade, mas exige que eles façam por merecê-la.

[...] A manutenção da antiga prática, essa sim, paternalista, de o Estado despender vultosa verba para custear apenas os filhos da elite branca é flagrantemente contrária aos princípios da Administração Pública. TJRJ. Órgão Especial. Representação

por Inconstitucionalidade nº 9/2009. (Processo nº 0034643-67.2009.8.19.0000 (2009.007.00009), Relator Des. Sérgio Cavalieri Filho.

Por fim, a constitucionalidade das ações afirmativas de corte racial é amparada no racismo estrutural existente na sociedade brasileira e declarada nos seguintes termos:

E a verdade é que a sociedade brasileira possui um racismo estrutural, tão arraigado que é incapaz de se dar conta dele mesmo, e ao invés de combatê-lo, nega-o. E negando-o continua a propagá-lo, reproduzindo atitudes que já tinha internalizado como naturais. Essa é uma modalidade sinistra de ação afirmativa de sinal trocado, fonte de perpetuação de desigualdades. [grifo no original].TJRJ. Órgão Especial. Representação por Inconstitucionalidade nº 9/2009. (Processo nº 0034643-67.2009.8.19.0000 (2009.007.00009), Relator Des. Sérgio Cavalieri Filho.

Mais recentemente foram editadas as leis 6434/2013 e a lei 5695/2014. A primeira delas instituiu o sistema de cotas étnico-raciais (20% para negros, pardos e índios) em relação ao Instituto de Aplicação Fernando Rodrigues da Silva (CAP-UERJ) com vigência de cinco anos e a outra, em âmbito municipal, reserva cargos e empregos para negros e índios nos concursos públicos dos quadros permanentes de pessoal da administração direta e indireta do Município do Rio de Janeiro (20% das vagas para negros e índios), com vigência de dez anos.

Questionamento judicial das ações afirmativas de corte étnico-racial junto ao TJRJ

Inicialmente, destaca-se que os dados que serão apresentados fazem referência às ações julgadas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entre os anos de 2002 e 2013 que discutiram a implementação das políticas de ação afirmativa no Estado.

Para efeitos de determinação do objeto da pesquisa, esclarece-se que as ações afirmativas foram entendidas como políticas (públicas ou privadas) de corte racial que pretendem coibir atos discriminatórios (preventiva e repressivamente); de construção da memória e valorização das culturas, saberes e formas de vida experimentadas; que ampliam o acesso ao mercado de trabalho, às instituições públicas e privadas de ensino e pesquisa, aos partidos políticos e outros espaços de interlocução e representatividade são medidas que pretendem alterar a condição

histórica de desrespeito, invisibilidade e subcidadania dos negros e orientam-se à promoção do reconhecimento desse grupo social.

Conforme já dito no início do trabalho, as medidas repressivas já foram objeto de análise em estudo anterior. Sendo assim, para dar conta das modalidades de políticas afirmativas não repressivas, foram escolhidas as seguintes palavras-chave para busca dos processos no site do TJRJ: ações afirmativas, cotas raciais, reserva de vagas, negros, pretos e pardos, quilombos, africana, afro, afrodescendente, candomblé-umbanda.

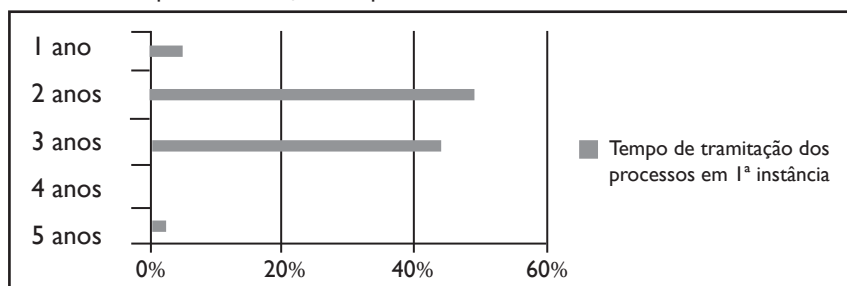
A busca deu origem a 78 (setenta e oito) acórdãos. Cumpre enfatizar que as ações (de controle concentrado ou incidental) de inconstitucionalidade¹² das leis estaduais institutivas das políticas não foram identificadas por esse filtro, apesar das suas respectivas ementas trazerem algumas das palavras mencionadas, pelo fato de que são modalidades de ação julgadas originariamente (primeira e única instância) pelo órgão especial do Tribunal e não uma demanda julgada em segunda instância. Por esse motivo foram tratadas no item anterior algumas dessas ações.

A análise de cada acórdão foi norteada pelas seguintes perguntas: 1) Qual o tempo de tramitação até o julgamento em segunda instância?; 2) Quem ganhou a ação?; 3) Há aplicação da norma nas relações privadas ou só quando o Estado é parte?; 4) Aplicação imediata ou mediata da norma que institui a política de Ação Afirmativa?; 5) Quais os principais argumentos utilizados para garantir/afastar a efetividade da política?; 6) Qual base legal fundamentou a decisão judicial?

As referidas perguntas objetivavam descortinar entraves relacionados ao acesso à justiça, amplitude e incidência das demandas envolvendo ações afirmativas, entendimento jurisprudencial acerca da aplicabilidade das normas institutivas de tais políticas, além dos principais argumentos levantados pelos magistrados para fundamentar suas decisões.

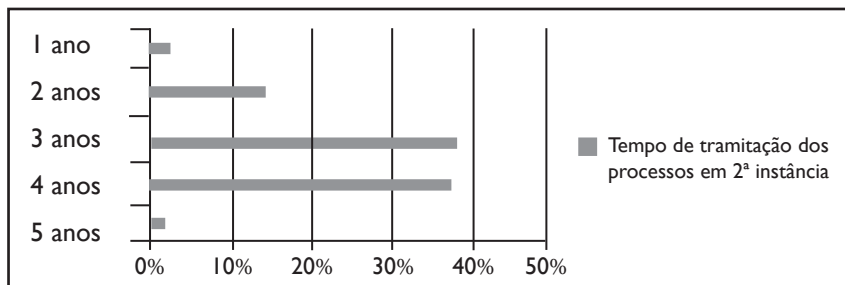
A primeira pergunta pretendia levantar o tempo de tramitação dos processos na medida em que a morosidade do Poder Judiciário costuma ser identificada como um dos fatores que mitigam o exercício do acesso à justiça¹³.

Gráfico 1: Tempo de tramitação dos processos em 1ª instância



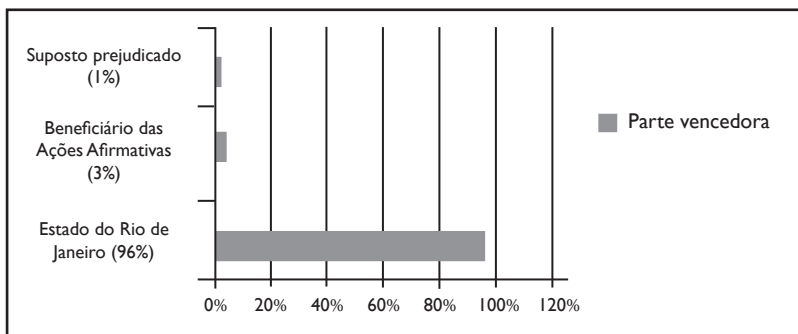
Dos acórdãos analisados, percebeu-se que o tempo de tramitação dessas ações (em primeira e segunda instância) variou entre um e cinco anos. Cabe destacar que os processos foram movidos através do instituto Mandado de Segurança, modalidade processual de rito próprio e caracterizada pela avaliação célere do caso concreto.

Gráfico 2: Tempo de tramitação dos processos em segunda instância



Ultrapassada essa questão, partiu-se para identificação da parte vitoriosa nos processos. Entre os autores das ações, apenas em cinco casos elas foram movidas por beneficiários das ações afirmativas. Em 93,58% dos casos o questionamento judicial partiu de supostos prejudicados pela medida. Se no polo ativo o Estado não figurou, no polo passivo, ou seja, na condição de “réu”, sua representatividade foi de 100%. Conforme adiantado no início do trabalho, grande parte das decisões avalizou a aplicação da política de cotas. Sendo assim, tem-se o Estado como vitorioso em 75 casos, o suposto prejudicado em 1 e em 2 beneficiários da política.

Gráfico 3: Parte vencedora



Não havendo entidades privadas no polo passivo das ações, o terceiro questionamento ficou esvaziado. Originariamente, objetivava-se perceber se a norma que regulamentava a reserva de vagas tinha aplicação diferenciada entre entes públicos e privados. Tanto este quanto o questionamento seguinte, relativo à aplicação mediata ou imediata da norma que estabelece a medida afirmativa pretendiam demonstrar o grau de comprometimento da magistratura fluminense com a efetividade e máxima concretização desses direitos¹⁴. Apesar dos dados indicarem que a aplicação imediata ocorreu em 97% dos casos¹⁵, a sua incidência apenas nas relações entre particulares e Estado não permitiu que se tomasse esse percentual como sinal de comprometimento com a máxima concretização dessas políticas.

Em seguida passou-se à identificação dos argumentos que pautaram a discussão judicial das ações afirmativas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Os argumentos destacados pelas partes e que, por esse motivo, balizaram o debate judicial no âmbito do TJRJ nos processos de implementação das ações afirmativas de corte étnico-racial foram os seguintes: 1) Igualdade; 2) Meritocracia; 3) O problema da Mestiçagem. Foram ainda levantadas, secundariamente, a inconstitucionalidade das leis estaduais em 10,25% dos casos e questões formais ligadas a competência legislativa, por exemplo, em 3,84% deles.

O grande argumento que pode ser percebido nesses julgados é o da Meritocracia, trazido em 77 dos 78 casos, portanto, em 98,71% dos processos. A concepção de igualdade, por sua vez, é disputada em 94,87% das ações. Em menor escala é referenciada a mestiçagem característica da sociedade brasileira que traria, de um lado, uma dificuldade de determinação dos beneficiários das ações afirmativas pelo critério racial e, de outro, seria a responsável pela harmoniosa e cordial relação entre os diversos grupos sociais no Brasil, argumento que foi constatado em 16,66% dos casos. É importante relembrar que 96% das ações foram impetradas por supostos prejudicados pela instituição do novo modelo de ingresso nas universidades públicas, ou seja, por candidatos que vinculavam a não aprovação no processo seletivo às inovações trazidas pela política de cotas.

Argumentos das decisões do TJRJ

Normalmente os trabalhos sobre Ações Afirmativas dedicam-se a polarizar os argumentos favoráveis e contrários à medida. Como a proposta é perceber se há impacto da “cegueira à cor” ou do racismo institucional para a aplicação, pelo Poder Judiciário, das normas institutivas dessas medidas, os argumentos trazidos

a seguir são aqueles escolhidos pela magistratura fluminense para fundamentação de suas decisões sobre o tema.

Em matéria processual, as informações contidas nos autos servem de baliza à atuação do julgador. O juiz fica atrelado ao pedido e fica obrigado a fundamentar sua decisão levando em conta o apresentado pelo contraditório dos interesses das partes litigantes. Nesse sentido, os argumentos levados pelas partes aos processos tendem a demarcar o posicionamento do Tribunal acerca da matéria.

Tendo sido julgada a manutenção da política de cotas em 96% dos casos, não é surpresa o fato de encontrarmos entre os argumentos utilizados pelo julgador aqueles relacionados a igualdade material, a promoção do princípio da dignidade humana e a menção à ideia de reparação.

A disputa em torno do sentido a ser atribuído ao princípio da igualdade gerou um posicionamento compatível com a sua concepção substantiva ou material, afirmada em 89,74% dos casos. O princípio da dignidade humana restou destacado em 61,53% dos processos não apenas pela vinculação do acesso à educação superior como dimensão do direito à educação e, por isso, constitutiva de uma sobrevivência digna, mas principalmente pelos efeitos que a discriminação e o preconceito racial geram nos negros que vivem sob essa realidade.

Assim como veio a acontecer no julgamento da ADPF¹⁶ 186 pelo Supremo Tribunal Federal as avaliações sobre a igualdade material tocaram no argumento da reparação que, no âmbito dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro apareceu em 100% dos casos.

O que chama a atenção é a veemente utilização do argumento da meritocracia em processos que votam pela manutenção de políticas afirmativas. Em 76,92% dos casos percebe-se que a meritocracia é utilizada como crucial justificativa pelo tribunal. Esse dado acaba por indicar que ao contrário do que poderia sugerir o percentual de 99% pela manutenção da medida e o reconhecimento do alto grau de desigualdade racial na sociedade brasileira, é com ideário incompatível com a proposta das ações afirmativas que elas foram garantidas nas ações judiciais.

No julgamento do processo nº 0024247-38.2003.8.19.0001, há o reconhecimento de que:

A exclusão racial, destarte, é uma tônica nas Universidades do Brasil, nação apontada como a segunda em população negra, exigindo, como defendido pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, que deixemos de lado a postura contemplativa e partamos para atos concretos. Sua Excelência, em palestra profe-

rida, aos 20 de novembro de 2001, no Seminário 'Discriminação e Sistema Legal Brasileiro', promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho foi incisivo ao falar que 'o único modo de se corrigir desigualdades é colocar a lei a favor daquele que é tratado de modo desigual' e mais: 'Não basta não discriminar', disse 'É preciso viabilizar as mesmas oportunidades' (TJRJ, Décima primeira câmara cível. Apelação n° 0026169-20.2003.8.19.000 (2003.002.05670). Desembargador Claudio de Melo Tavares).

Mas, a conclusão do voto se dá nos seguintes termos:

(...) Ainda que assim não fosse, (...) verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Direito a Agravada ofereceu 304 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolar particulares). A Agravante concorreu a esse último, ou seja, a 152 vagas, subdivididas em quatro opções (manhã, noite, 1° semestre e 2° semestre), restando 38 vagas para cada qual. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, o 188° lugar, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cotas paranegros e pardos não alcançaria classificação. (TJRJ, Décima primeira câmara cível. Apelação n° 0026169-20.2003.8.19.000 (2003.002.05670). Desembargador Claudio de Melo Tavares).

Em alguns casos os argumentos da igualdade ou reparação sequer são aludidos nos acórdãos:

Como consignado da r. sentença, ainda que não houvesse o sistema de reserva de cotas, a impetrante não teria logrado êxito no vestibular, eis que foram oferecidas 18 vagas para a carreira que concorria, e classificou-se em 111° lugar. (TJRJ, Décima primeira câmara cível processo n° 0024247-38.2003.8.19.0001 (2005.001.12653), Desembargadora Marilene Melo Alves.)

Por fim, procurou-se descobrir a principal base legal usada na fundamentação das decisões analisadas. Basicamente, os casos foram decididos pela menção às leis estaduais n° 3.524/2000, a n° 3.708/2001 (em 43% dos acórdãos) e o artigo 5° da Constituição Federal (em 52% dos casos). As decisões não exploram sistematicamente o texto constitucional que permite a avaliação do tema a partir

de uma série de outros dispositivos como o Preâmbulo¹⁷ e dos artigos 3º IV¹⁸, 7º XXX¹⁹, 227²⁰, entre outros. Chama a atenção ainda a não utilização dos tratados internacionais²¹ sobre o tema e já ratificados pelo Brasil como a Convenção 111 OIT (1958)²², a Convenção relativa à luta contra a discriminação no ensino (1960)²³ e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968)²⁴.

Considerações Finais

O levantamento dos processos cíveis julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o tema das ações afirmativas entre 2002 e 2013 gerou resultados que apontam para um tratamento refratário ao tema, apesar da manutenção da medida em 99% dos casos.

Em 96% dos casos apurados a ação foi movida por supostos prejudicados pela aplicação da ação afirmativa e não por beneficiários da medida. O tempo de tramitação em primeira instância variou de 1 a 5 anos e, em segunda instância, manteve o mesmo tempo entre a distribuição do recurso e decisão final. Apesar de tratarmos de uma medida que não está restrita às instituições públicas, não houve no período pesquisado nenhum caso discutindo a sua incidência nas relações privadas.

O Tribunal decidiu pela aplicação da política em 99% dos casos, dando ganho de causa ao Estado em 96% deles e ao beneficiário da medida nos outros 3%. Percebeu-se que a aplicação da ação afirmativa é discutida apenas no âmbito da aplicabilidade das leis estaduais nº3524/2000 e 3708/2001, o que gerou em diversos acórdãos o questionamento acerca da sua constitucionalidade. A discussão sobre a constitucionalidade das leis estaduais no TJRJ esteve esvaziada durante a tramitação da ADPF 186 no Supremo Tribunal Federal e depois da manifestação, por unanimidade, da Corte Constitucional pela sua compatibilidade com o ordenamento constitucional passou a ser referida brevemente nas decisões.

Mesmo tendo atribuído aplicação às ações afirmativas em 99% dos julgados, não se pode concluir que haja, por parte do Tribunal, uma postura comprometida com a sua implementação. O resultado das decisões só pode ser compreendido adequadamente se elencados os argumentos que as fundamentaram. O principal argumento usado pelo Tribunal para decidir foi o da meritocracia. Isto significa que o olhar que o órgão tem sobre a questão passa exatamente por este crivo.

O resultado, portanto, só foi majoritariamente favorável à implementação das ações afirmativas porque mesmo que afastada a sua aplicação, o suposto

prejudicado não teria pontuação suficiente para aprovação no processo seletivo. O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre a matéria foi construído a partir de um dos principais argumentos contrários à sua validade.

Pensar a meritocracia como mecanismo de seleção neutro e universal, sem que se perceba as escolhas políticas que subjazem aos referidos processos seletivos e as hierarquizações de seres humanos que eles representam é defender o modelo de privilégios que, sob a ideia de “cegueira à cor” garante a perpetuação de uma sociedade em que os lugares sociais e o respeito são racialmente definidos, ainda que haja a influência/sobreposição de outros critérios como os de classe, gênero, orientação sexual ou escolha religiosa. Conforme ressaltou o Ministro Marco Aurélio Mello na ADPF 186: “Meritocracia sem igualdade de pontos de partida é apenas uma forma velada de aristocracia”.

A discussão judicial sobre as ações afirmativas de corte étnico-racial no TJRJ esteve restrita à política de cotas nas universidades públicas e apesar do reconhecimento da igualdade material, na ampla utilização do termo reparação, da vinculação do direito à educação como esfera constitutiva e necessária da dignidade humana e os nefastos efeitos da discriminação sobre ela, o amplo apelo à ideia de meritocracia para defender o sistema de cotas mostra que há, por parte do Tribunal, uma noção acerca das ações afirmativas não completamente afinada com as principais discussões sobre o tema.

Referências

BATISTA, V.; BOITEUX, L.; PIRES, T. *A Emenda Constitucional nº45 / 2004 e a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos no Brasil*. Revista Jurídica. Brasília, v. 90, p. 01-44. 2008.

FAN, S. S. *Immigration Law and the Promise of Critical Race Theory: Opening the Academy to the Voices of Aliens and Immigrants*. Columbia Law Review, vol. 97, nº. 4, p. 1202-1240. May, 1997.

HARRIS, C. I. *Whiteness as Property*. Harvard Law Review, vol. 106, no. 8, p. 1707-1791. 1993.

PIRES, T. R. de O. *A discussão judicial das ações afirmativas étnico-raciais no Brasil*. In: PAIVA, A.R.(Org.). *Ação Afirmativa em questão: Brasil, Estados Unidos, África do Sul e França*. 1º ed. Rio de Janeiro: Pallas, 2013, p. 210-239.

PIRES, T.; LYRIO, C. *Racismo Institucional e Acesso à Justiça: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011*. In: COUTO, M. B. ; Angela Araújo da Silveira ESPINDOLA, A. A. S.; SILVA, M. R. F. S(Org.). 1.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 513-541.

SOLORZANO, D.; CEJA, M.; YOSSO, T. *Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students*. *The Journal of Negro Education*, Vol. 69, No. 1/2. pp. 60-73. Winter - Spring, 2000.

Notas

- 1 Doutora em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Professora de Direito Constitucional da PUC-Rio. thula@puc-rio.br
- 2 Graduanda em Direito pela PUC-Rio, bolsista PUC-Rio de Iniciação Científica. kamilah_lima@hotmail.com
- 3 No período imperial, em razão da convivência oficial com o escravismo, a legislação brasileira tratava o negro basicamente de duas formas: no âmbito civil o escravo era equiparado a um bem móvel e, na esfera penal, para mantê-los devidamente controlados, eram entendidos como humanos passíveis de receberem penas restritivas de direitos e liberdades. Diante desse panorama, não serão encontradas legislações de combate ao racismo.

A República Velha representa uma época em que teorias racialistas tinham forte amparo entre pensadores brasileiros. Nesse contexto, as normas de conotação racial (constitucionais e infra-constitucionais) são responsáveis pelo fortalecimento dos estigmas discriminatórios em relação à população negra e sua cultura (criminalização da capoeira; vadiagem; curandeirismo; etc).

A partir dos anos 1930, o ideário de democracia racial começa a se desenhar e as normas desse período, em alguma medida, oscilavam entre a tentativa de afirmar positivamente a figura do negro no processo de formação social brasileira e o eco das teorias eugênicas que marcaram o momento anterior. A Constituição de 1934 é um exemplo emblemático desta contradição: o mesmo texto que incorporou pela primeira vez a proibição da determinação de privilégios baseados em origem, sexo, raça, profissão, classe riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas (art. 113, 1); previu o ensino da eugenia (art. 138) e fixou restrições étnicas na seleção dos imigrantes (art. 121, §6º).

Após a ditadura do Estado Novo, a Convenção Nacional do Negro (organizada por Abdias do Nascimento) levou uma série de demandas à Constituinte de 1946, entre elas a defesa da criminalização do racismo (como crime de lesa pátria) no texto constitucional. Vencidos pelo mito da democracia racial e pelas correntes menos progressistas da constituinte, não houve menção à conduta no texto de 1946 e só em 1951, com a Lei Afonso Arinos a conduta foi transformada em contravenção penal.

Durante a ditadura militar pode-se perceber a negação, no plano interno, da problemática racial e a repressão a mobilização de movimentos sociais, entre os quais os movimentos negros. Contrariamente à realidade interna, durante a década de 1960 o Brasil se comprometeu inter-

nacionalmente com o enfrentamento do racismo ao internalizar três importantes documentos sobre o tema: a Convenção 111 OIT (1958), em 1968; a Convenção relativa à luta contra a discriminação no ensino (1960), também em 1968; e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), em 1969. Esse período trouxe ainda importantes instrumentos normativos para pavimentação das conquistas que só se concretizaram no final dos oitenta. Entre os diplomas legais ainda em vigor e que merecem destaque estão: o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4117, de 27 de agosto de 1962); o Código Eleitoral (Lei 4737, de 15 de julho de 1965); a Lei 4898 (de 9 de dezembro de 1965); a Lei 5250 (de 9 de fevereiro de 1967) e; o Código Penal Militar (Decreto Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969).

O cenário de abertura “lenta e gradual” para a democracia permite que reivindicações históricas dos não brancos tomem a esfera pública e mais espaço nas instituições públicas. A resistência negra frente a repressão estatal assume novos contornos com a criação do Movimento Negro Unificado, em 1978, e volta-se prioritariamente para o combate do mito da democracia racial e para a luta pela afirmação de direitos fundamentais. Somente a partir da década de 80 começaram a ser desenvolvidas medidas concretas de enfrentamento ao racismo.

- 4 Por exemplo, a Lei 7170, de 1983, ao definir crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, tipifica a propaganda pública que promova discriminação racial.
- 5 No âmbito do Poder Executivo, demandas pela participação na definição e execução de políticas públicas de valorização podem ser exemplificadas pela criação, no ano de 1984, em São Paulo, do Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra. Essa experiência influenciou o surgimento de conselhos estaduais de mesma natureza nos Estados da Bahia, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Distrito Federal. Ainda em 1984, a Lei de Execução Penal, nº 7210, diz que não haverá distinção racial, social, religiosa ou política entre os apenados do sistema de justiça penal.
- 6 Com o tombamento de dois símbolos da cultura negra pelo Patrimônio Histórico: o terreiro de candomblé Casa Branca (1984) e a Serra da Barriga (1986), bem como a consagração do Dia Nacional da Consciência Negra, em 20 de novembro, data de aniversário da morte de Zumbi dos Palmares. Em 1988, destaca-se a criação, na esfera do Ministério da Cultura, de uma Assessoria para Assuntos Afro-Brasileiros e da Fundação Cultural Palmares.
- 7 Destaca-se que essa Convenção contou com a participação de entidades negras, sindicatos, grupos sociais, movimentos sociais, partidos políticos e cidadãos de 16 Estados, representando ao final 63 entidades, e foi antecedida de Encontros Estaduais com o mesmo tema, como os realizados: em 1985 na Assembleia Legislativa de Minas Gerais; em 1986, o I Encontro de Comunidades Negras Rurais do Maranhão; Encontro de Negros do Norte e Nordeste sobre “Terra de Quilombo”, entre outros. O documento produzido na Convenção caracteriza o Movimento Negro Nacional como aquele “formado por todos aqueles que conscientes de nossa condição enquanto cidadãos brasileiros nos encontramos politicamente organizados em Grupos que sistematicamente, combatem o Racismo no Brasil, e, ainda por aqueles outros que lutam por preservar os valores espirituais, morais, sociais e culturais que nos foram legados pelos incontáveis filhos apartados da Mãe-África”. Íntegra do documento disponível em <<http://www.institutobuzios.org.br/documentos/CONVENÇÃO%NACIONAL%20DO%NEGRO%20>

PELA%20CONSTITUINTE%201986.pdf>, acesso em 30 de novembro de 2012.

Entre as principais demandas estão:

- 1) No âmbito dos direitos e garantias individuais: proteção do direito à igualdade; transformação do racismo em crime inafiançável e sujeito à pena de reclusão; proibição da pena de morte; respeito à integridade física e moral do detento do sistema prisional; criação de Tribunal Especial para julgamento de crimes de discriminação racial; tortura tratada como crime contra a humanidade;
 - 2) Sobre atividade policial: unificação das polícias civil e militar, capacitada regularmente ao exercício da função com respeito à integridade física e moral do cidadão, independentemente de sua raça ou cor;
 - 3) Condições de vida e saúde: extensão da licença maternidade para seis meses; estatização, socialização e unificação do sistema de saúde; assistência ao idoso, independentemente de contribuição previdenciária; estatização dos transportes públicos; garantia do direito à moradia;
 - 4) Direitos da mulher: igualdade de direitos entre homem e mulher; proibição de imposição estatal de qualquer programa de controle de natalidade, bem como a descriminalização do aborto;
 - 5) Direitos do menor: responsabilidade estatal pela educação da criança carente; proibição de casas de detenção de menores;
 - 6) Educação: ensino obrigatório de História da África e da História do negro no Brasil; educação gratuita em todos os níveis; ocupação da direção e coordenação das escolas públicas mediante eleição com a participação dos professores, alunos e pais de alunos;
 - 7) Cultura: seja decretado feriado nacional no dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra; liberdade de culto religioso e manifestação cultural; reconhecimento expresso do caráter multirracial da cultura brasileira;
 - 8) Trabalho: jornada diária de seis horas; estabilidade no emprego; reconhecimento da profissão de empregada doméstica e diarista de acordo com a CLT; aposentadoria por tempo de serviço com salário integral; licença paternidade; direito de sindicalização para funcionários públicos; criação do juizado de pequenas causas na área trabalhista;
 - 9) Acesso à terra: garantia do direito de propriedade do solo urbano às populações pobres; garantia do título de propriedade da terra às Comunidades Negras remanescentes de quilombos, que no meio urbano ou rural; desapropriação de imóveis improdutivos;
 - 10) Relações Internacionais: rompimento imediato de relações diplomáticas e/ou comerciais com Estados que tenham institucionalizado qualquer tipo de discriminação entre sua população.
- 8 Como as que constavam do Anteprojeto de Constituição apresentado pela Comissão de sistematização através dos artigos 6º: “O Estado brasileiro está submetido aos designios do povo e suas finalidades internas fundamentais são: I - construir uma sociedade na qual o acesso aos valores fundamentais da vida humana seja igual para todos; II- consolidar a identidade povo e Nação pela integração de todos nos processos das decisões nacionais, das políticas de procedimentos e dos projetos e ações para o desenvolvimento econômico e social, cuja reciprocidade não pode ser abstraída; III - empreender, por etapas planejadas e constitucionalmente compulsórias, a erradicação da pobreza e a interpenetração dos estratos sociais, de modo que todos tenham iguais oportunidades de viver saudável e dignamente; IV - favorecer o sentido social da liberdade, a fim de que todos disponham de tantas liberdades quanto o que mais dispõe de liberdades entre todos, critério em que se legitima a intervenção equalizadora do Estado para alinhar a sociedade na direção de uma democracia de liberda-

des iguadas; V - promover a justiça social pela implementação das condições necessárias para que a felicidade de cada um não custe a infelicidade de ninguém, mas contribua para a felicidade de todos.” e art. 13, III, f: “São direitos e liberdades individuais e invioláveis: f) ressalvada a compensação para igualar as oportunidades de acesso aos valores da Vida e para reparar injustiças produzidas por discriminações não evitadas, ninguém será privilegiado ou prejudicado em razão de nascimento, etnia, raça, cor, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, natureza do trabalho, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, ou qualquer outra condição social ou individual”.

- 9 Tem-se como referencial teórico prioritário, para o direcionamento das análises que se seguem, a Teoria Crítica da Raça. O modelo básico da Teoria Crítica da Raça (SOLORZANO, CEJA e YOSSO, 2000) consiste em cinco elementos: a) papel central dos conceitos de raça e racismo e suas ligações com outras formas de subordinação; b) desafio à ideologia dominante; c) compromisso com a justiça social; d) construção do conhecimento a partir da experiência e; e) perspectiva interdisciplinar. No texto *Whiteness as Property*, Cheryl Harris (1993) aponta que a proposta inicial dos Estudos Críticos da Raça é mapear reciprocamente a relação fundamental entre a raça e o direito. Contrapondo a premissa tradicional de que o Direito, diferentemente da política, é limitado por regras (objetivo e neutro), há o entendimento de que ele produz, constrói e constitui o que se entende por raça, não só em domínios onde raça é explicitamente articulada, mas também onde não é mencionada ou desconhecida. A partir de um referencial que propõe a valorização do conhecimento experimental, do posicionamento subjetivo, de abordagens não convencionais e narrativas pessoais (FAN, 1997) pretende-se contribuir para as análises que se debruçam sobre os obstáculos institucionais de aplicação da legislação antirracismo brasileira, notadamente as normas relativas à implementação das ações afirmativas.
- 10 Alerta-se para o fato de que a lei dispõe no §2º de seu artigo 1º: “Por aluno oriundo da rede pública de ensino entende-se como sendo aquele que tenha cursado integralmente todas as séries do 2º ciclo do ensino fundamental em escolas públicas de todo o território nacional e, ainda, todas as séries do ensino médio em escolas públicas municipais, estaduais ou federais situadas no Estado do Rio de Janeiro”.
- 11 Conforme destacado anteriormente, na lei 4151/2003, o artigo 1º, §2º determinava: “Por aluno oriundo da rede pública de ensino entende-se como sendo aquele que tenha cursado integralmente todas as séries do 2º ciclo do ensino fundamental em escolas públicas de todo o território nacional e, ainda, todas as séries do ensino médio em escolas públicas municipais, estaduais ou federais situadas no Estado do Rio de Janeiro”.
Na lei 5346/2008, o §2º do artigo 1º determina: “Por aluno oriundo da rede pública de ensino entende-se aquele que tenha cursado integralmente todas as séries do 2º ciclo do ensino fundamental e do ensino médio em escolas públicas de todo o território nacional.”
- 12 As ações de inconstitucionalidade julgadas entre 2002 e 2013 não foram absorvidas nos dados analisados principalmente porque o argumento central para não declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais questionadas não trazia elementos substantivos de análise. Os casos não tiveram seu mérito julgado por perda de objeto das ações (entre a data de distribuição dos processos e seu julgamento as normas questionadas tinham sido revogadas).

Nesse cenário, merece destaque o Processo 2005.017.00015, que teve o mérito julgado pelo Desembargador Silvio Teixeira. Nesse caso, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça arguiu incidentalmente a inconstitucionalidade da lei estadual 3708/2001. A decisão foi no sentido de considerar, em tese, a constitucionalidade das ações afirmativas de corte étnico-racial, mas no caso concreto opinaram pela inconstitucionalidade da lei por considerar que os 40% de cota mínima exigida para preenchimento das vagas da UERJ e UENF por pretos e pardos desproporcional: “Em tese, afigura-se legítima a aplicação de ações afirmativas que tem por objetivo estabelecer reserva de cota mínima obrigatória em benefício das minorias raciais em universidades públicas. [...] a reserva estabelecida pela Lei nº 3.708, de 19.11.2001, porque geradora de desproporcionalidade insuportável, torna-se inconstitucional”.

- 13 Acesso à justiça é entendido aqui muito mais do que o mero acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, discutir acesso à justiça é buscar compreender as tensões entre igualdade jurídico-formal e desigualdades, de modo a evidenciar empiricamente os obstáculos que se impõem a determinados segmentos sociais na persecução da justiça e luta pelo direito.
- 14 Tradicionalmente, a aplicabilidade de direitos fundamentais esteve restrita às relações entre particulares e o ente estatal (eficácia vertical). Apenas no início dos anos 2000 é que se percebe a absorção pela jurisprudência brasileira de uma defesa mais contundente de sua aplicação também nas relações entre particulares (eficácia horizontal). A aplicação horizontal pode se dar de duas diferentes maneiras: através da teoria da eficácia indireta ou mediata e pela teoria da eficácia direta ou imediata. A aplicação indireta exige que o direito fundamental consagrado constitucionalmente seja em alguma medida regulamentado por lei infraconstitucional para que seja aplicado. Pela eficácia direta, a indicação constitucional do direito teria força normativa suficiente para garantir sua imediata aplicação pelos tribunais. Como nos acordãos levantados apenas o Estado figurou como “réu”, não caberia aos magistrados entrarem na discussão sobre a eficácia a ser conferida aos direitos em questão.
Essa questão foi levantada inicialmente pelo fato de que há uma tendência nos tribunais brasileiros em dificultarem a fruição dos direitos sociais, econômicos e culturais. Representando direitos com maior impacto sobre as estruturais e hierarquias sociais estabelecidas, não era a descabida a hipótese de que a mesma resistência poderia ser encontrada em relação à aplicação das ações afirmativas.
- 15 Os casos em que houve aplicação mediata foi devido a questões formais processuais.
- 16 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação constitucional prevista no artigo 102, §1º da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.882/1999. Trata-se de uma ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal que objetiva questionar abstratamente qualquer ato do Poder Público (federal, estadual, municipal, inclusive órgãos da administração pública indireta) que lesione ou ameace preceito fundamental. Embora exista disputa doutrinária envolvendo o alcance da expressão preceito fundamental, pode-se considerar como objeto da ADPF: os princípios fundamentais (artigos 1º ao 4º da CF); os direitos fundamentais (por exemplo, os contidos nos artigos 5º ao 17 da CF); os princípios constitucionais sensíveis (artigo 34, VII da CF); os princípios da administração pública (artigo 37 da CF); e as cláusulas pétreas (artigo 60, §4º da CF). As decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF tem eficácia contra todos e efeito vinculante.

- 17 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”
- 18 “Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.
- 19 “Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.
- 20 “Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.
- 21 Os tratados citados, apesar de terem sido internalizados antes da Constituição Federal de 1988 foram por ela recepcionados, garantindo assim sua força normativa até os dias atuais. Insta ressaltar sobre o assunto que esse trabalho defende que os tratados internacionais de direitos humanos tem hierarquia equivalente às emendas constitucionais, mesmo aqueles formalizados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Um estudo mais aprofundado sobre o tema consta em (BATISTA, BOITEUX e PIRES, 2008).
- 22 Convenção 111 OIT, que trata da discriminação no Emprego e na Ocupação, foi adotada em 1958, internalizada através do decreto legislativo nº 104, de 24/11/1964, ratificada em 16/11/65, tendo como decreto de promulgação o de nº 62.150, de 19/01/1968.
- 23 Convenção relativa à luta contra discriminação no campo do ensino, adotada a 14 de dezembro de 1960, internalizada através do decreto legislativo n. 40, de 1967, Decreto presidencial nº 63.223 - de 6 de setembro de 1968.
- 24 Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, internalizada através do pelo decreto legislativo n. 23, de 21 junho de 1967, tendo sido ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, tendo como decreto de promulgação o de nº 65.810 - de 8 de dezembro de 1969.

Artigo recebido em junho de 2014, aprovado para publicação em agosto de 2014.