

Resolução do CNJ de cota social para mulheres é inconstitucional

08/04/2024

Os critérios de antiguidade ou de mérito para promoção de magistrados estão previstos no Texto Constitucional e na Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman). Eis, pois, o teor do artigo 93 da CF/88 que é claro ao definir que:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

- 1. a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;*
- 2. b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;*
- 3. **c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
- 4. d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
- 5. e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADI 3.392)

(...)”

(grifos meus)

Ora, esta norma constitucional estabelece os princípios básicos que devem reger a carreira do magistrado sendo, pois, uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que independe de regulamentação [1].

Em 2023, entretanto, foi aprovada a Resolução do Conselho Nacional da Magistratura nº 525/2023, que trouxe modificações ao artigo 1º da Resolução CNJ 106/2010 [2], nos seguintes termos:

RESOLVE:

Art. 1º. O [art. 1º da Resolução CNJ n. 106/2010](#) passa a vigorar acrescido do art. 1º-A:

“Art. 1º-A No acesso aos tribunais de 2º grau que não alcançaram, no tangente aos cargos destinados a pessoas oriundas da carreira da magistratura, a proporção de 40% a 60% por gênero, as vagas pelo critério de merecimento serão preenchidas por intermédio de editais abertos de forma alternada para o recebimento de inscrições mistas, para homens e mulheres, ou exclusivas de mulheres, observadas as políticas de cotas instituídas por este Conselho, até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal.

- 1º Para fins de preenchimento das vagas relativas à promoção pelo critério de merecimento, os quintos sucessivos a que alude o art. 3º, § 1º, aplicam-se a ambas as modalidades de edital de inscrição (misto ou exclusivo de mulheres) e devem ser aferidos a partir da lista de antiguidade, com a observância da política de cotas deste Conselho.
- 2º Para fins de aplicação do [art. 93, II, a, da Constituição Federal](#), a consecutividade de indicação nas listas tríplexes deve ser computada separadamente, conforme a modalidade de edital aberto (exclusivo ou misto), salvo a hipótese de magistrada que tenha figurado em lista mista, considerando-se consecutiva a indicação de: a) magistrado ou magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes de editais com inscrições mistas, independentemente do edital de inscrição exclusiva de mulheres que tenha sido realizado entre eles; b) magistrada que figurou em duas listas seguidas, decorrentes de editais com inscrições exclusivas de mulheres, independentemente do edital de inscrição misto que tenha sido realizado entre eles; c) magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes, uma de edital de inscrição exclusiva para mulheres e outra de edital de inscrição mista, ou vice-versa.
- 3º Ficam resguardados os direitos dos magistrados e das magistradas remanescentes de lista para promoção por merecimento, observados os critérios estabelecidos nesta Resolução quanto à formação de listas tríplexes consecutivas.
- 4º Para a aferição dos resultados, o CNJ deverá manter banco de dados atualizado sobre a composição dos tribunais, desagregado por gênero e cargo, especificando os acessos ao 2º grau de acordo com a modalidade de editais abertos.
- 5º As disposições deste artigo não se aplicam às Justiças Eleitoral e Militar.” (NR)

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor em 1º de janeiro de 2024 e aplica-se às vagas abertas após essa data.”

Ora, disposições da Lei Maior não estão sujeitas a quaisquer disposições de leis infraconstitucionais, visto que a estas cabe apenas explicitar o que no Texto Constitucional contido estiver e, jamais, subordinar a Carta Magna aos humores do legislador menor.

Em outras palavras, não poderia nem a Loman, nem tampouco atos inerentes ao poder regulatório dos Tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça, instituir qualquer restrição não contida na Constituição. Isso se dá à medida em que:

- restrição não imposta pela Lei Suprema não pode ser imposta por lei ou ato infraconstitucional;
- a Lei Suprema não pode estar subordinada à exegese do legislador inferior, naquilo que aumente ou reduza o espectro de atuação;
- qualquer ato ou lei deve ser sempre interpretado, à luz da Constituição.



Leis da hermenêutica

E aqui cabe outra consideração de hermenêutica constitucional. Considerando que o direito se interpreta pelo conjunto de suas normas, princípios e institutos, não pode o intérprete afastar-se das leis da hermenêutica por conviência ou conveniência, “pro domo sua”.

Não se trata aqui de dar INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA AO TEXTO LEGAL, mas, sim, de atribuir-lhe interpretação literal, estrita, como exige o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 5º XIII da CF.

Muito embora as mulheres mereçam aplausos por toda a sua dedicação e dificuldades encontradas no mercado de trabalho, não se pode, entretanto, deixar de reconhecer que cada vez mais o número de mulheres na justiça e na sociedade vem aumentando.

Não basta, portanto, o aumento do número de vagas para mulheres no Judiciário, buscando um critério de igualdade, sem que ocorram determinadas mudanças de padrões de comportamento, pois se não mudarmos a mentalidade da sociedade de que ainda a mulher seria subordinada, frágil e reconhecida por sua beleza, essa realidade social não mudará.

As mulheres têm o direito de serem reconhecidas pela sua dedicação, desempenho e méritos próprios e o fato de dar-lhes um percentual de cotas apenas traria às mesmas ainda mais o ônus de que estariam naquele órgão não por seus méritos.

Vale dizer, a resolução implica em serem classificadas pelo simples fato de serem “mulheres” e, não em função de sua “competência” e “antiguidade”, critérios objetivos para sua promoção junto ao Tribunal que representa.

A sociedade e a magistratura devem reconhecer tais questões e trabalhar de forma efetiva em busca de mudanças, principalmente trazendo as mulheres cada vez mais para os cargos de liderança, como ocorreu, por exemplo, na OAB-SP, que na última eleição, elegeu a primeira mulher, a dra. Patrícia Vanzonili, para presidir a maior seccional deste país.

Assim, a representatividade das mulheres junto ao Poder Judiciário torna-se um desafio diário a ser enfrentado com o envolvimento de todos e não por meio de critérios ideológicos, como no caso da Resolução do CNJ supramencionada.

Em se tratando de hierarquia das fontes formais de direito, uma norma inferior somente pode ser considerada como válida, se tiver sido criada na forma prevista pela norma superior — o que efetivamente ocorre no presente caso, vez que os atos regulamentares tiveram apenas o condão de complementar a legislação existente, sem ampliar ou restringir seu conteúdo normativo, pois a Lei Orgânica da Magistratura — sendo lei complementar — não apresenta conceitos vagos.

Pode-se afirmar, portanto, que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça 525/2023 dispôs não só além do que determina a legislação própria que versa sobre tal matéria — Estatuto da Magistratura — mais também do próprio Texto Constitucional.

Evidentemente, não pode a referida resolução ultrapassar os limites da lei, muito menos exercer controle constitucional de editais de promoção dos Tribunais. Isso porque, a competência do CNJ é de dar efetividade às regras constitucionais e infraconstitucionais, não podendo contrariar normas ou inovar no ordenamento jurídico [3].

Por outro lado, a referida resolução ainda macularia de morte o princípio da igualdade, que é a base do regime democrático de direito — tão relevante, que é reiterado em diversos dispositivos — e colocado, em enfático pleonasma, três vezes, no “caput” e no inciso I, do artigo 5º, para dirimir quaisquer veleidades hermenêuticas. Estão, o artigo e seu inciso, assim redigidos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (grifamos).

Não há democracia, sem isonomia, que exige tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais para gerar a igualdade, nos termos da contestação de Sócrates a Cálicles, no célebre diálogo “Gorgias” de Platão.

Ora, nos tribunais, todos os magistrados são iguais, razão pela qual haveria fantástica violação à Lei Maior, se fossem tratados desigualmente, com base em critérios de igualdade de gênero.

Portanto, a Resolução do CNJ se encontra eivada de manifesta inconstitucional, podendo ensejar, por se tratar de ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, ação direta de inconstitucionalidade.

Vale ainda constatar que o critério *merecimento* cumpre guardar, em alguma medida, relação com o atendimento ou com o adequado atendimento aos princípios da Administração Pública, a saber, legalidade (cujo desapego pode implicar a ideia de “desmerecimento”), impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não se pode, assim, sequer imaginar válido qualquer critério de aferição do merecimento absolutamente despregado desses vetores. É critério, por assim dizer, aferível funcionalmente, à luz do desempenho funcional do magistrado. E o gênero, com o devido respeito, não guarda nenhuma relação com esses princípios.

Importante pontuar, ainda, que não se desconhece as dificuldades do que poderia ser entendido por “merecimento”, ainda mais se considerarmos as especificidades próprias de cada unidade judiciária.

‘Merecimento’

Contudo, se há uma dificuldade de esclarecer critérios seguros e objetivamente controláveis, para não se cair no domínio da plena subjetividade, do que se possa entender por “merecimento”, é tarefa mais simples compreender o que não se pode ter por merecimento, o que não pode ter-se por um critério válido para a compreensão do termo, e parece claro que o gênero não é critério válido para tal.

Com efeito, a despeito da reconhecida vagueza semântica do conceito, há certas balizas que compõem por assim dizer um núcleo semântico mínimo do que se pode compreender por merecimento e antiguidade, que não pode ser desprezado, quer pelo legislador, quer pelo administrador, quer pelo intérprete [4].

Isso porque, seja na antiguidade, seja no merecimento se promoverá qualquer gênero, seja homem ou mulher. Trata-se, como já visto, de critério justo, objetivo e democrático, por meio do qual tanto juízes quanto juízas sabem, desde quando ingressam na carreira que os critérios utilizados para sua promoção são antiguidade e merecimento, em situação da mais absoluta igualdade, não dando margem, assim, a inclusão de qualquer outro requisito que não os previstos no Texto Maior.

Atualmente, por exemplo, no âmbito do estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça conta com aproximadamente 40% de mulheres na magistratura. Ou seja, há, praticamente, já em vias de concretização, um critério de igualdade, considerando, ainda que com o passar do tempo, teremos o atingimento da paridade de gênero, até considerando que as mulheres são mais dedicadas e, muitas vezes, mais competentes que os homens.

Interessante observar que não seria admissível a ocorrência de um concurso para juízes, baseado em barreiras aplicáveis aos candidatos por conta de seu sexo.

A norma constitucional sempre delega ao administrador público um critério de discricionariedade que, entretanto, não pode ser incompatível com os princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, sem qualquer razoabilidade para tanto.

Nesse sentido, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 7.486, referendou liminar que determinou que eventuais nomeações para o cargo de soldado do Corpo de Bombeiros Militar do estado do Piauí se deem sem as restrições de gênero previstas no edital do concurso público.

Já na ADI 7.488, foi confirmada a homologação de acordo que autorizou a continuação de concursos para a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do estado de Mato Grosso, também sem restrições de gênero.

Ora, se o merecimento é requisito exigido para o bem da sociedade, pois quanto melhor o magistrado, melhor o serviço prestado, não pode ser superado por um critério que procura beneficiar o gênero, ou seja, para o benefício pessoal do juiz.

Por todo o exposto, entendo que a Resolução do Conselho Nacional de Justiça é inconstitucional.

[1] Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: ADI 189, rel. min. Celso de Mello, j. 9-10-1991, P, DJ de 22-5-1992 e MS 28.447, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-8-2011, P, DJE de 23-11-2011.

[2] A Res. 106/2010 dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

[3] Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014; MS 27.033 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 27-10-2015 e AO 1789, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 PUBLIC 29-10-2018.

[4] Nesse sentido, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: ADI 4.462, rel. min. Carmen Lúcia, j. 18-8-2016, P, DJE de 14-9-2016; RE 239.595, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-1999, 1ª T, DJ de 21-5-1999; ADI 4.108 MC-REF, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-2-2009, P, DJE de 6-3-2009 e ADI 189, rel. min. Celso de Mello, j. 9-10-1991, P, DJ de 22-5-1992.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-abr-08/inconstitucionalidade-da-cota-social-para-mulheres/>