

## PARECER

### **Mulheres no Poder Judiciário e Discriminação de Gênero: criação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau como imperativo constitucional**

*SUMÁRIO: 1. A Consulta. 2. A desigualdade de gênero. 2.1. Alguns conceitos fundamentais. 2.2. A proteção jurídica da igualdade de gênero e a discriminação indireta. 2.3. Políticas de ação afirmativa com recorte de gênero: constitucionais, por vezes indispensáveis. 3. Mulheres e o Poder Judiciário brasileiro. 3.1. Desigualdades de gênero na composição do Poder Judiciário: os tribunais de 2º grau. 3.2. Causas da desigualdade para ingresso nos tribunais de 2º grau. 3.3. Por que é importante a equidade de gênero no Poder Judiciário? 4. Necessidade de criação de política de ação afirmativa para acesso aos tribunais de 2º grau e competência do CNJ. 4.1. Ação afirmativa exigida pela Constituição no acesso por merecimento e antiguidade. 4.2. Como compatibilizar as regras de acesso aos tribunais com a política de ação afirmativa? 4.3. A proporcionalidade da política de ação afirmativa em cogitação. 4.4. A competência do CNJ para instituir a política de ação afirmativa. Coerência da sua criação com as práticas institucionais do CNJ. 5. Resposta aos quesitos*

#### **1. A Consulta**

Consulta-me o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da eminente Conselheira Desembargadora Federal Salise Monteiro Sanchotene, a respeito da possibilidade constitucional de instituição, por ato normativo do próprio CNJ, de política de ação afirmativa em favor das juízas para acesso aos cargos de magistratura no âmbito dos

tribunais brasileiros de 2º grau. A política em cogitação consiste no acesso alternado aos tribunais por juízas e juizes, nas vagas destinadas à magistratura de carreira.

Afirma o Consulente que, diante de dados evidenciando a grave assimetria de gênero na ocupação de cargos judiciais no Brasil, do princípio constitucional da igualdade de gênero (art. 5º, inciso I, CF/88) e da incorporação ao direito interno da Convenção das Nações Unidas para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o CNJ instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 255, de 04 de setembro de 2018. Tal Resolução, em seu art. 3º, estabeleceu a competência do Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário para a “*elaboração de estudos, análise de cenários, diálogo com os tribunais e proposições concretas para a ampliação da representação feminina*” no referido poder.

Segundo o Consulente, os dados existentes apontam que a simples passagem do tempo e a ausência de obstáculos formais para o acesso de magistradas aos tribunais de 2º grau não têm sido suficientes para tornar mais igualitária, na perspectiva de gênero, a composição dessas cortes. Por diversas razões estruturais e culturais, persistem praticamente estagnadas as enormes diferenças entre os percentuais de magistradas e magistrados nos tribunais de 2º grau brasileiros – na média nacional, cerca de 25% e 75%, respectivamente. Tal cenário, no entender do Consulente, além de comprometer o pluralismo no Poder Judiciário, que é importante para a sua legitimidade democrática e atuação eficiente, pode caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de gênero.

Nesse contexto, o Consulente formula os seguintes quesitos:

- a) É constitucional a instituição de política de ação afirmativa para ampliação do acesso de juízas aos cargos de magistratura no âmbito dos tribunais brasileiros de 2º grau?
- b) No caso afirmativo, essa política de ação afirmativa pode incidir no acesso aos tribunais de 2º grau por antiguidade e por merecimento?
- c) Tal política de ação afirmativa pode consistir no acesso alternado de juizes e juízas para os tribunais de 2º grau, nas vagas destinadas à magistratura de carreira?

d) Em muitos tribunais, o acesso às cortes de 2º grau por merecimento pressupõe que a magistrada ou magistrado integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade, fator que prejudica o acesso de juízas a esses tribunais. Seria adequado, nesse cenário, estabelecer, para fins de acesso aos tribunais de 2º grau, duas listas diferentes de antiguidade, uma para juízas e outra para juízes?

e) O Conselho Nacional de Justiça detém competência para instituir, por ato normativo próprio, essa política?

Para responder aos quesitos formulados, este parecer – feito em caráter *pro bono* pelo signatário – abordará, inicialmente, aspectos teóricos, jurídicos e empíricos sobre a igualdade de gênero, especialmente no acesso aos cargos do Poder Judiciário. Em seguida, tratará dos argumentos constitucionais que dão suporte à criação de política de ação afirmativa voltada à promoção desse objetivo, com foco no ingresso de juízas de carreira nos tribunais de 2º grau. Na sequência, analisará a competência do Conselho Nacional de Justiça para edição de ato normativo que institua a referida política. Ao final, serão respondidos os quesitos formulados pelo Consulente.

## **2. A desigualdade de gênero**

### **2.1. Alguns conceitos fundamentais**

Vivemos em sociedade estruturalmente patriarcal e misógina, em que direitos e deveres não são distribuídos de modo equitativo entre pessoas de diferentes sexos, e em que as posições de poder, no Estado e na sociedade, são quase sempre monopolizadas por homens. Dentre as múltiplas injustiças que marcam a nossa sociedade, a desigualdade de gênero é uma das que sobressai.

Para dar alguns rápidos exemplos, no Brasil as mulheres ainda possuem rendimento médio mensal 20,5% inferior aos dos homens;<sup>1</sup> são as principais responsáveis pelos cuidados com a casa e com a criação dos filhos, que não constituem atividades remuneradas;<sup>2</sup> representam a maioria esmagadora das vítimas de estupro, abuso sexual infantil e violência doméstica;<sup>3</sup> e, quando mães solteiras, chefiam mais da metade dos lares que vivem abaixo da linha de pobreza.<sup>4</sup> No campo político, a representatividade feminina é pífia: atualmente, as mulheres detêm apenas 17,7% das vagas do Congresso Nacional<sup>5</sup> – embora representem mais de 51% da população brasileira – e contam com apenas duas vagas no Supremo Tribunal Federal, com risco de diminuição em curto prazo. No Poder Executivo – mesmo em governo progressista – e na administração das empresas, o cenário também é de absoluto predomínio masculino.

Essa desigualdade, que está longe de ser singularidade brasileira, não é explicável por fatores biológicos, tendo raízes culturais profundas. Nesse sentido, registrou Simone de Beauvoir, em clássica passagem, que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.<sup>6</sup> Em outras palavras, é a sociedade que, a partir de uma distinção biológica (os sexos), constrói papéis diferenciados sem conexão necessária com a biologia (os gêneros), conformando, com isso, relações marcadas pela hierarquia e por estereótipos. As

---

<sup>1</sup> Cf. Darlan Alvarenga. Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil. *GI*, 08/03/2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>>.

<sup>2</sup> Cf. Carmen Nery e Vinícius Britto. Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas. *Agência IBGE Notícias*, 11/08/2023. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas>>.

<sup>3</sup> Cf. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023*, p. 157.

<sup>4</sup> Cf. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE). As dificuldades das mulheres chefes de família no mercado de trabalho. Boletim Especial do Dia da Mulher, 2023. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2023/mulheres2023.pdf>>.

<sup>5</sup> Cf. Agência Câmara de Notícias. Bancada feminina aumenta 18,2% e tem duas representantes trans, 03/10/2022. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/911406-bancada-feminina-aumenta-18-e-tem-2-representantes-trans/>>; e Luciana Amaral e Gabriel Hirabahasi. Mulheres ocupam 5,5% dos cargos de lideranças partidárias na Câmara e 10,5% no Senado. *CNN*, 08/03/2023. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-ocupam-55-dos-cargos-de-liderancas-partidarias-na-camara-e-105-no-senado/>>.

<sup>6</sup> Simone de Beauvoir. *O Segundo Sexo*. Tradução de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 361.

pessoas, inclusive as mulheres, são socializadas aprendendo a se adequar a esses papéis, que se naturalizam e passam a pautar o seu comportamento, de forma muitas vezes inconsciente.<sup>7</sup>

Os papéis femininos, socialmente construídos, impõem, por um lado, muitos ônus e deveres às mulheres que não se estendem aos homens, como cuidar da casa, dos filhos e de parentes idosos, submeter-se aos maridos e ter uma vida sexual “recatada”. Por outro lado, tais papéis restringem a autonomia das mulheres, interditando caminhos e dificultando o acesso a oportunidades econômicas e a espaços de poder.

Dentre essas distinções de papel, uma das mais importantes se relaciona à separação entre as esferas pública e privada, que, tradicionalmente, confinou as mulheres à segunda seara.<sup>8</sup> Tal separação prestou-se, ao longo do tempo, a legitimar práticas e arranjos sociais assimétricos e, por vezes, violentos nas relações familiares e domésticas. Ademais, impediu que esses mesmos arranjos e hierarquias fossem problematizados e devidamente endereçados na esfera pública. O papel social de dedicação ao lar e à família atribuído às mulheres – parte da “divisão sexual do trabalho” –<sup>9</sup> tem atuado durante séculos como meio de excluí-las do espaço público, o que, por sua vez, sempre alimentou a sua subordinação no espaço privado, em um círculo vicioso.<sup>10</sup>

Essa dinâmica compromete o acesso a oportunidades iguais pelas mulheres, seja pela persistência de estereótipos que as desqualificam, seja pela imposição de ônus adicionais, como a dupla jornada de trabalho. Uma mulher que tenha de cuidar dos filhos e da casa, por exemplo, terá menos tempo, energia e chances para competir com homens

---

<sup>7</sup> Cf. Pierre Bourdieu. *A Dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

<sup>8</sup> Cf. Carole Pateman. Críticas feministas à dicotomia público/privado. In: Luis Felipe Miguel e Flávia Biroli (org.). *Teoria Política Feminista: Textos centrais*. Vinhedo: Horizonte, 2013.

<sup>9</sup> Cf. Helena Hirata e Danièle Kergoat. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, vol. 37, n° 132, 2007, p. 595-609. As autoras assim definem a divisão sexual do trabalho: “*tem como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.). [...]Essa forma particular da divisão social do trabalho tem dois princípios organizadores: o princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio hierárquico (um trabalho de homem “vale” mais que um trabalho de mulher)*” (p. 599).

<sup>10</sup> Sobre o tema, cf. Martha C. Nussbaum. *Sex & Social Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999; Flávia Biroli. *Gênero e Desigualdades: Limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.

por posições de maior prestígio e remuneração no mundo do trabalho ou da política.<sup>11</sup> O ponto foi destacado na Recomendação nº 23 do Comitê da CEDAW, vinculado à ONU, que tratou da discriminação da mulher na vida pública e política:

*“Em todas as nações, os fatores mais significativos que inibem a capacidade das mulheres de participar da vida pública têm sido a estrutura cultural de valores e crenças religiosas, a falta de serviços e a falha dos homens em compartilhar tarefas associadas à organização do lar e ao cuidado e criação dos filhos. Em todas as nações, as tradições culturais e as crenças religiosas têm desempenhado um papel no confinamento das mulheres às esferas privadas de atividade e para a sua exclusão da participação ativa na vida pública.”<sup>12</sup>*

A filósofa política Nancy Fraser elaborou sofisticada grade conceitual sobre as dimensões da injustiça, que é importante para a compreensão da desigualdade de gênero. A feminista norte-americana, inicialmente, abordou a injustiça em duas esferas: distribuição e reconhecimento.<sup>13</sup> Posteriormente, ela agregou à sua teoria uma terceira esfera, da representação.<sup>14</sup> Para a autora estadunidense, existem na sociedade injustiças ligadas à economia, relacionadas à distribuição não equitativa de riqueza e de renda, muito marcantes no capitalismo, especialmente em sua fase neoliberal. Além delas, há também injustiças culturais ou simbólicas que levam ao não reconhecimento daqueles que pertencem a grupos não hegemônicos. A ideia do reconhecimento, nas palavras de Nancy Fraser, busca a construção de *“um mundo sensível à diferença, em que a assimilação às normas culturais majoritárias ou dominantes não seja mais o preço para o igual*

---

<sup>11</sup> Cf. Susan Moller Okin. *Justice, Gender and the Family*. New York: Basic Books, 1991.

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom23>>..

<sup>13</sup> Nancy Fraser. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: *Justice Interruptus: Critical Reflections on the “Postsocialist” Condition*. New York: Routledge, 1997, p. 14.

<sup>14</sup> Nancy Fraser. *Scales of Justice: Reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2010.

*respeito*”.<sup>15</sup> As injustiças econômicas e culturais se imbricam e reforçam: práticas culturais estigmatizantes normalmente acarretam efeitos econômicos desvantajosos para as suas vítimas, enquanto assimetrias econômicas tendem a gerar a desvalorização da identidade dos excluídos. Do mesmo modo, pode-se dizer que injustiças na esfera da representação também se combinam às demais: a falta de acesso aos espaços de poder permite a manutenção e o aprofundamento de estruturas de opressão econômica e cultural.

Mulheres sofrem injustiças em todas essas esferas.<sup>16</sup> No campo da distribuição, ganham sistematicamente menos do que os homens, estão mais expostas à pobreza, e exercem atividades que, conquanto essenciais para a reprodução social, não dão ensejo ao pagamento de nenhuma remuneração.<sup>17</sup> Na esfera do reconhecimento, são vistas como menos capazes e racionais, essencialmente vocacionadas para atividades domésticas, ou então são sexualizadas e tratadas como objetos para a satisfação dos desejos masculinos: em ambos os casos, sua identidade é diminuída e desrespeitada. No campo da representação, são absolutamente minoritárias nos espaços mais relevantes de poder, seja em órgãos estatais, como os poderes legislativo, executivo e judiciário, seja nas empresas e organizações da sociedade civil. Isso abafa as suas vozes e diminui o seu poder de influenciar nas decisões sobre a nossa vida coletiva.

As injustiças e discriminações sobre as mulheres que também pertencem a outro grupo discriminado tendem a se agravar. A desigualdade de gênero, por exemplo, afeta todas as mulheres, mas as mulheres negras são, em geral, muito mais vitimizadas do que as brancas, porque são também estigmatizadas e oprimidas por conta da sua raça. Trata-se da *interseccionalidade* da injustiça e da opressão,<sup>18</sup> fenômeno especialmente relevante

---

<sup>15</sup> Nancy Fraser. “Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation”. In: Nancy Fraser e Axel Honneth. *Redistribution or Recognition: A political-philosophical exchange*. London/New York: Verso, 2003, p. 07.

<sup>16</sup> Cf., a propósito, Cristina Telles. Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988. In: Adriana Cruz, Daniel Sarmento e Roger Raupp Rios. *Desigualdade: O flagelo do Brasil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2022.

<sup>17</sup> Cf. Silvia Federici. *O Ponto Zero da Revolução: Trabalho doméstico, reprodução e luta feminista*. São Paulo: Elefante, 2019.

<sup>18</sup> Cf., por exemplo, Kimberlé Creenshaw. Demarginalizing the intersection of race and class: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics. *University of Chicago*

no Brasil, dada a gravidade do nosso racismo estrutural.<sup>19</sup> O ponto foi registrado com a necessária contundência por Lélia Gonzalez: “[...] *numa sociedade onde o racismo e o sexismo, enquanto fortes sustentáculos da ideologia de dominação, fazem dos negros e das mulheres cidadãos de segunda classe, não é difícil visualizar a terrível carga de discriminação a que está sujeita a mulher negra*”.<sup>20</sup>

## 2.2. A proteção jurídica da igualdade de gênero e a discriminação indireta

Além de assegurar a igualdade geral, estabelecendo que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*), a Constituição de 88 foi expressa ao garantir a igualdade de gêneros, determinando que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*” (art. 5º, inciso I). O lugar de destaque dado a essas garantias – no *caput* e no primeiro inciso do dispositivo que consagra os direitos e deveres individuais e coletivos – não é gratuito: ele exprime a centralidade atribuída pela Constituição à igualdade, em geral, e à igualdade de gênero, em particular.

O constituinte também concretizou a igualdade de gênero em campos específicos, quando, por exemplo, previu a proteção especial à mulher no âmbito laboral, mediante a concessão de incentivos (art. 7º, inciso XX), proibiu a discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo (art. 7º, inciso XXX), assentou a igualdade entre homens e mulheres na relação conjugal (art. 226, § 5º), e instituiu o dever estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º). Essas conquistas foram resultado de lutas na Assembleia Constituinte, não só da bancada feminina – eram apenas 26 mulheres entre 559 constituintes (4,6%) –, mas também do movimento feminista, que se organizou e lutou por sua agenda emancipatória. Mais recentemente, foram incluídas

---

*Law Forum*, vol. 140, 1989, p. 139-167; e Patricia Hill Collins e Sirma Bilge. *Interseccionalidade*. Tradução de Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

<sup>19</sup> Cf. Sílvio Almeida. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólem Livros, 2019.

<sup>20</sup> Lélia González. *Por um Feminismo Afro-Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 109.



na Constituição regras voltadas à promoção da participação político-eleitoral das mulheres (art. 17, §§ 7º e 8º, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 117/2022).

A igualdade objetivada pela Constituição de 88 não é apenas formal, mas também material ou substantiva. Ela não se limita a proibir discriminações em desfavor de grupos estigmatizados. A igualdade é vista como uma meta a ser perseguida pelo Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução das desigualdades presentes não apenas na economia, como também na cultura, na política e nas relações sociais em geral. Como destacou o STF, “*não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade*”.<sup>21</sup>

Essa conclusão pode ser extraída da enunciação dos “*objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*”, proclamados no art. 3º, em que figuram “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (inciso I), “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III) e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV). Nota-se que o constituinte empregou verbos de ação ao tratar da igualdade, porque partiu da premissa de que ela, no Brasil, não é um dado da realidade, mas algo que deve ser construído, por meio da ação enérgica do Estado e da sociedade.<sup>22</sup> Tal constatação se aplica perfeitamente à desigualdade de gênero, diante do cenário de machismo e opressão das mulheres, que caracteriza as nossas relações sociais.

Nesse particular, a Constituição está em plena harmonia com a Convenção das Nações Unidas para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), incorporada no Brasil por meio do Decreto nº 4.337/2002, e que desfruta no país, no mínimo, de estatura supralegal.<sup>23</sup> Como se sabe, em matéria de direitos

---

<sup>21</sup> STF. ADI nº 3.330, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22/03/2013.

<sup>22</sup> Cf. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, nº 131, 1996, p. 283-295.

<sup>23</sup> A orientação do STF é de que, quando não têm força normativa de emenda constitucional pela aprovação no rito do art. 5º, § 3º, da CF/88, os tratados internacionais de direitos humanos ostentam, ao menos, *status* supralegal. Cf., e.g., STF, HC 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cesar Peluzo, julg. 3/12/2008, DJe 05/06/2009.

fundamentais, é importante o diálogo entre fontes normativas internas e internacionais, com o objetivo de maximizar a proteção à dignidade da pessoa humana.<sup>24</sup> No caso, essa tarefa não é difícil, diante da plena convergência dos instrumentos normativos. Afinal, como destacou Flávia Piovesan, *“a Convenção destina-se não só a erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Alia à vertente repressiva-punitiva à vertente positiva-promocional”*.<sup>25</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se alinha a essa visão substantiva sobre a igualdade de gênero, que demanda do Estado iniciativas para promover mudanças nas relações sociais, no afã de concretizar esse direito. Nessa linha, ao assentar, no julgamento da ADC nº 19, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, a Corte consignou que *“a abstenção do Estado na promoção da igualdade de gêneros e a omissão no cumprimento, em maior ou menor extensão, de finalidade imposta pelo Diploma Maior implicam situação da maior gravidade político-jurídica, pois deixou claro o constituinte originário que, mediante inércia, pode o Estado brasileiro também contrariar o Diploma Maior”*.<sup>26</sup> No mesmo sentido, ao julgar a ADI nº 5.617,<sup>27</sup> afirmando o direito das candidatas do sexo feminino de receberem recursos de campanha dos fundos eleitorais de modo proporcional ao seu quantitativo nas nominatas partidárias, assegurado o piso de 30%, nossa Suprema Corte ressaltou: *“[a] igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados”*. No recente julgamento da ADI nº 6338<sup>28</sup> – em que se afirmou a validade de medidas adotadas pelo TSE para impedir fraudes à cota feminina nas

---

<sup>24</sup> Cf., a propósito, Daniel Sarmento. O direito constitucional e o direito internacional: diálogos e tensões. In: *Direitos, Democracia e República: Escritos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 49-78; e Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>25</sup> Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 270-271.

<sup>26</sup> STF. ADC nº 19, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, DJe 29/04/2014.

<sup>27</sup> STF. ADI nº 5.617, Tribunal Pleno, Min. Rel. Edson Fachin, DJe 03/10/2018.

<sup>28</sup> STF. ADI nº 6.338, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 07/06/2023.

candidaturas proporcionais –, depois de fazer referência à ampla série de decisões do STF e do TSE que enfocaram a igualdade de gênero, a Min. Rosa Weber consignou:

*“13. Vê-se, portanto, que a atuação recente deste Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral consubstanciada em julgamentos proferidos por ambas as Cortes tem sido bastante enfática na necessidade de afastar estigmas históricos, culturais, sociais, profissionais e jurídicos no que diz respeito aos direitos das mulheres. Assim, com fundamento no princípio da isonomia substancial, em algumas oportunidades disposições legais tiveram sua legitimidade reafirmada e outras tantas tiveram sua inconstitucionalidade declarada, de modo a fazer prevalecer não só uma igualdade meramente formal entre os gêneros feminino e masculino, mas a garantir, de maneira efetiva, ao menos na seara normativa, a igualdade material.*

*13.1. É certo, no entanto, que, mesmo no plano normativo, ainda há um longo caminho a ser trilhado na perspectiva de garantir, de modo concreto e verdadeiro, a igualdade entre homens e mulheres. É por isso que, ainda hoje, se faz imprescindível a adoção de políticas públicas voltadas à inclusão das mulheres no mercado de trabalho (CF, art. 7º, XX), à equiparação salarial entre os gêneros (CF, art. 7º, XXX) e, dentre outras, à participação feminina na política (CF, art. 17, §§ 7º e 8º).”*

Essa compreensão substantiva e transformadora da igualdade deve informar o direito antidiscriminação no Brasil, inclusive em matéria de gênero. Nessa perspectiva, o melhor parâmetro para detectar uma discriminação ilegítima não se prende à existência de diferença de tratamento entre pessoas baseada em algum critério tido como suspeito – como gênero, raça, religião ou orientação sexual –, mas à presença de subordinação na prática analisada.

O tema é objeto de intensa controvérsia nos Estados Unidos, em que disputam espaço duas correntes do direito antidiscriminação:<sup>29</sup> a que defende a perspectiva da

---

<sup>29</sup> Cf., a propósito do debate, Jack Balkin e Reva Siegel. The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination? *University of Miami Law Review*, n° 59, 2003, p. 09-32.

*antidiferenciação* (ou anticlassificação), que reprova tratamentos heterogêneos entre pessoas baseados em critérios considerados “suspeitos”, ainda que favoráveis aos grupos estigmatizados; e a que sustenta a perspectiva da *antissubordinação*,<sup>30</sup> que condena os tratamentos que promovam ou mantenham situações de hierarquização. Esta última linha aceita diferenciações jurídicas que se voltem a combater desigualdades profundas, ao mesmo tempo em que critica os tratamentos aparentemente neutros, que se omitam diante de quadros materiais e culturais de subordinação dos grupos vulneráveis.

No Brasil, é evidente a adoção da perspectiva da antissubordinação.<sup>31</sup> Afinal, como já dito, a Constituição de 88 é clara ao adotar um projeto de transformação social, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva. E, para incluir os excluídos, é essencial atuar objetivando remediar as injustiças existentes, com base não apenas em instrumentos universais, como também por meio de medidas focalizadas, que envolvem a criação de tratamento mais favorável aos integrantes desses grupos oprimidos. É o que registrou o STF no julgamento da ADI nº 3.330: “*A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade*”.<sup>32</sup>

Outra consequência relevante da compreensão substantiva da igualdade é o reconhecimento de que não apenas as discriminações explícitas ou intencionais são contrárias à Constituição. Medidas aparentemente neutras, mesmo que editadas sem a intenção de prejudicar grupos desfavorecidos, como as mulheres, também são inconstitucionais, se a sua aplicação gerar um impacto desproporcional sobre os integrantes desses grupos. Trata-se da chamada *discriminação indireta* – conceito originário do direito

---

<sup>30</sup> O texto canônico da perspectiva antissubordinação é de Owen Fiss. Groups and the Equal Protection Clause. *Journal of Philosophy and Public Affairs*, nº 107, 1976.

<sup>31</sup> Na mesma linha, e.g., Roger Raupp Rios. *Direito da Discriminação: Discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31-50; e Adilson José Moreira. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 286-297.

<sup>32</sup> STF. ADI nº 3.330, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 22/03/2013.

norte-americano, mas hoje amplamente adotado no direito constitucional comparado e na jurisprudência internacional de direitos humanos.<sup>33</sup> No Brasil, o conceito de discriminação indireta foi expressamente positivado pelo art. 1.1 da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância,<sup>34</sup> que, por ter sido incorporada ao ordenamento interno seguindo o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, reveste-se de hierarquia constitucional.

Entre nós, o *leading case* na matéria de discriminação indireta envolveu justamente a discriminação de gênero. Trata-se da ADI nº 1.946, julgada em 2003,<sup>35</sup> em que se examinou a constitucionalidade da incidência do teto de benefícios previdenciários, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 20, sobre o salário-maternidade. Se aplicado o teto ao benefício em questão, a diferença entre o salário recebido pela trabalhadora e o limite imposto tornar-se-ia obrigação do empregador. A medida não tratava especificamente de direitos das mulheres, nem fora criada com qualquer intenção discriminatória, mas, ainda assim, foi invalidada pelo STF, em virtude dos efeitos que gerava sobre mulheres no mercado de trabalho, por desestimular a contratação daquelas em idade fértil, ou incentivar os empregadores a lhes pagar salário inferior ao teto definido, para não terem de arcar com a diferença durante gozo da licença-maternidade.

Mais recentemente, o TSE, em decisão da lavra do Min. Luís Roberto Barroso,<sup>36</sup> reconheceu que haveria discriminação indireta contra candidatas negras, na aplicação das decisões judiciais que destinaram às candidaturas de mulheres pelo menos 30% dos recursos do Fundo Partidário destinados a campanha eleitoral, bem como o tempo correspondente de rádio e de TV nas propagandas eleitorais. Confira-se:

---

<sup>33</sup> Cf., a propósito, Wallace Corbo. *Discriminação Indireta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

<sup>34</sup> Eis a definição contida na referida Convenção: “1.2. *Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos*”.

<sup>35</sup> STF. ADI nº 1.946, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16/05/2003.

<sup>36</sup> TSE. Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 25/08/2020.

*“9. O STF, na ADI nº 5.617, e o TSE, na Cta nº 0600252-18/DF, deram um passo decisivo no sentido do incremento da efetividade das cotas de gênero ao equiparar o percentual de candidaturas femininas ao mínimo de recursos do Fundo Partidário e do FEFC a lhes serem destinados, bem como do tempo de rádio e TV, respeitando-se, em todo caso, o mínimo legal de 30%. Em 2018, o número de candidatas eleitas para a Câmara dos Deputados cresceu 51% em relação à eleição de 2014, enquanto que, nas assembleias legislativas, o crescimento foi de 41,2%.*

*10. A despeito desses importantes avanços, os dados citados demonstraram que a não consideração das mulheres negras como categoria que demanda atenção específica na aplicação da cota de gênero produziu impacto desproporcional sobre as candidatas negras, caracterizando hipótese de discriminação indireta. É que, a despeito de se tratar de norma geral e abstrata destinada a beneficiar todas as mulheres na disputa política, diante do racismo estrutural presente nas estruturas partidárias, seu efeito prático foi o de manter o subfinanciamento das candidaturas das mulheres negras e, logo, sua sub-representação.*

*11. A acomodação razoável para mitigar os efeitos adversos verificados não é a repartição dos recursos entre mulheres brancas e negras à razão de 50%, mas sim a aplicação da mesma lógica adotada nas decisões do STF e do TSE no sentido de que a repartição deve se dar na exata proporção das candidaturas de mulheres brancas e negras.”*

Tal orientação está plenamente alinhada com a CEDAW, que também proíbe a discriminação indireta, como se percebe da definição de discriminação contida no seu art. 1º: *“Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”*. Como o texto internacional evidencia, o resultado desigualitário é suficiente para caracterizar a discriminação de gênero. O Comitê da CEDAW deixou esse ponto muito claro na sua Recomendação nº 28, que tratou

das obrigações fundamentais dos Estados Partes para eliminação da discriminação contra a mulher:

*“16. Os Estados Partes têm a obrigação de respeitar, proteger e fazer cumprir o direito das mulheres à não-discriminação e de garantir o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres para melhorar a sua situação e tornar efetivo o seu direito à igualdade de jure e de facto ou substantiva com os homens. Os Estados Partes devem assegurar que não haja qualquer discriminação direta ou indireta contra as mulheres. Entende-se por discriminação direta contra as mulheres aquela que implica um tratamento diferente explicitamente com base em diferenças de sexo e de género. A discriminação indireta contra as mulheres ocorre quando uma lei, uma política, um programa ou uma prática parece ser neutra, dado dizer respeito tanto aos homens quanto às mulheres, mas tem, na prática, um efeito discriminatório contra as mulheres, porque as desigualdades pré-existentes não foram tidas em conta na medida aparentemente neutra. Além disso, a discriminação indireta pode exacerbar as desigualdades existentes se não forem levados em conta os padrões estruturais e históricos de discriminação e o desequilíbrio das relações de poder entre mulheres e homens”.*

Não há dúvida, de outro lado, que ações afirmativas voltadas ao combate da desigualdade de gênero são não apenas cabíveis, como, em algumas circunstâncias, imperativas. Essa questão será analisada no próximo subitem.

### **2.3. Políticas de ação afirmativa com recorte de gênero: constitucionais, por vezes indispensáveis**

Políticas de ação afirmativa são medidas que visam a promover a igualdade substantiva, por meio do favorecimento de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desvantajosa, como mulheres, pessoas negras, indígenas e pessoas portadoras de

deficiência.<sup>37</sup> Originárias do direito indiano, na atualidade elas são adotadas em inúmeros Estados, em todos os continentes. Nas palavras de Daniel Sabbagh, “*sua finalidade maior é combater práticas profundamente enraizadas que reproduzem desigualdades entre grupos, mesmo na ausência de discriminação intencional, gerando externalidades positivas que vão além dos seus beneficiários individuais*”.<sup>38</sup>

Tais políticas se alicerçam em diversos fundamentos legítimos e convergentes. Um deles é a promoção da igualdade material no campo da distribuição, na medida em que a ação afirmativa visa a promover um acesso mais equitativo a bens escassos e valiosos, como vagas em universidades e cargos públicos. A medida parte da constatação empírica da situação de significativa desvantagem de um grupo vulnerável, buscando favorecê-lo diante dos segmentos sociais hegemônicos, de modo a distribuir melhor certos bens e direitos.

Outro fundamento importante é a compensação pelos efeitos da discriminação no passado, cujos resultados persistem no presente. Tal argumento, por razões óbvias, tem centralidade nas políticas de ação afirmativa voltadas à raça, mas também parece pertinente no caso de gênero, em que a opressão das mulheres e os déficits na sua participação na esfera pública possuem uma longa história, com efeitos que se mantêm até hoje. Esse histórico de submissão e discriminação foi bem destacado em voto da Min. Rosa Weber na ADI nº 6.338:

*“Por muito tempo nós, mulheres, fomos subjugadas, excluídas da arena pública e tratadas à margem da sociedade. Trabalhar, de forma livre e desimpedida, na iniciativa privada ou mesmo no serviço público era algo inimaginável. Frequentar escolas e, assim, obter ensino formal era algo inconcebível. Éramos, até pouquíssimo tempo, tidas como incapazes para prática de atos corriqueiros da vida civil. Estávamos submetidas, indistintamente, à vontade manifestada pelos homens.*

---

<sup>37</sup> Cf., e.g., Michel Rosenfeld. *Affirmative Action and Justice: A philosophical and constitutional inquiry*. New Haven: Yale University Press, 1991; Joaquim Gomes Barbosa. *Ação Afirmativa e o Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e Daniela Ikawa. *Ações Afirmativas nas Universidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>38</sup> Daniel Sabbagh. Affirmative action. In: Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1124-1125.



*Possuíamos, inegavelmente e infelizmente, papel de coadjuvantes, relegando-se a nós atividades secundárias, voltadas sobretudo à doméstica, consideradas, à época, de menor importância.*

[...]

*A busca – que ainda não cessou, na realidade, é permanente – pelo fim da discriminação motivada pelo gênero, como se vê dessa breve contextualização, revela que a expansão dos direitos femininos, além de fruto de uma construção gradual, data de tempo muito recente da história contemporânea e, por isso mesmo, não prescinde de constantes avanços, de reconhecimento incessante e de instrumentos jurídicos aptos a fazerem prevalecer a condição de igualdade que deve existir e persistir, por imperativo constitucional, entre homens e mulheres.”<sup>39</sup>*

Outro ponto central é a garantia da diversidade nas instituições – fundamental para a sua legitimidade política e para a qualidade do serviço que elas prestam. A premissa básica é que instituições plurais, que reflitam melhor a composição da sociedade em que operam, são mais responsivas e legítimas. Nas salas de aula de uma universidade, no ambiente de trabalho de uma repartição pública ou em um órgão judicial colegiado, por exemplo, as interações humanas tornam-se mais ricas e frutíferas, e os ambientes mais dinâmicos e arejados. As instituições passam a atuar melhor, por se tornarem tendencialmente mais sensíveis aos interesses e direitos de todas as camadas da população, inclusive daquelas historicamente discriminadas. Esse ponto foi destacado pelo Min. Luís Roberto Barroso no voto proferido na ADC n° 41:

*“A questão da participação de minorias étnico-raciais em órgãos públicos – a chamada “burocracia representativa” – tem recebido grande atenção de teóricos nas últimas décadas / DF “representativo” – i.e., capaz de refletir a composição da população que atende – produziria diversos benefícios para a prestação do serviço, aumentando a qualidade, a responsividade e a inclusividade das políticas e decisões produzidas. Essa concepção se funda na ideia de que os servidores públicos refletem em seu trabalho, em alguma medida, suas histórias de*

---

<sup>39</sup> STF. ADI n° 6.338, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 07/06/2023.

*vida, experiências sociais, valores e background. Com isso, a partir de uma composição mais plural, as instituições estatais, em todos os níveis e Poderes, passam a ter maior capacidade de atuar na defesa dos interesses de todos os grupos e segmentos da população, tornando-se mais democráticas.”<sup>40</sup>*

Argumento adicional importante relaciona-se à quebra de estereótipos negativos, como o de que mulheres não teriam vocação para atividades públicas, ou de que pessoas negras estariam naturalmente destinadas ao desempenho de funções subalternas. Com isso, promove-se o direito ao reconhecimento dos integrantes dessas camadas socialmente excluídas. Como consignei em outra oportunidade, o direito ao reconhecimento, “*em sua faceta negativa, veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, ele impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate dessas práticas e à superação dos estigmas existentes*”.<sup>41</sup> A relevância dessa quebra de estereótipos relativos ao gênero foi destacada em voto proferido pelo Min. Edson Fachin na ADI nº 5.617:

*“Não se pode deixar de reconhecer que a presença reduzida de mulheres na vida política brasileira “colabora para a reprodução de concepções convencionais do ‘feminino’, que vinculam as mulheres à esfera privada e/ ou dão sentido a sua atuação na esfera pública a partir do seu papel convencional na vida doméstica” e “coloca água no moinho da reprodução de posições subordinadas para as mulheres e da naturalização das desigualdades de gênero.”<sup>42</sup>*

Como se sabe, a própria Constituição Federal consagrou expressamente políticas de ação afirmativa, quando determinou o incentivo à mulher no mercado de trabalho (art. 7º, inciso XX), previu reserva de vagas para pessoas com deficiência nos concursos públicos (art. 37, inciso VIII), e, mais recentemente, estabeleceu medidas voltadas à

---

<sup>40</sup> STF. ADC nº 41, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/05/2018.

<sup>41</sup> Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257.

<sup>42</sup> STF. ADI nº 5.617, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 3/10/2018.

promoção da participação político-eleitoral das mulheres (art. 17, §§ 7º e 8º, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 117/2022).

A jurisprudência do STF vem afirmando há bastante tempo a validade de outras políticas dessa natureza. Na seara racial, a Corte reconheceu, na ADPF nº 186, a constitucionalidade da criação de cotas para alunos negros para acesso à universidade pública – a UnB –, por ato interno da própria universidade.<sup>43</sup> Na ADI nº 3.330, foi afirmada a validade do ProUni, que fomenta o ingresso de alunos pobres, negros e indígenas em universidades privadas.<sup>44</sup> Na ADC nº 41, reconheceu-se a validade da instituição de cotas para negros nos concursos públicos federais.<sup>45</sup> No campo do gênero, o STF julgou constitucional, na ADC nº 19,<sup>46</sup> a Lei Maria da Penha, que assegura proteção penal à mulher diante da violência doméstica, não extensível ao homem. No julgamento da ADI nº 5617,<sup>47</sup> a Corte entendeu que, diante da cota gênero de 30% de candidaturas femininas nas eleições proporcionais, os gastos de cada partido com candidaturas femininas, usando recursos do Fundo Partidário, deve corresponder, no mínimo, ao mesmo percentual de 30%, tendo de ser proporcionalmente maior, caso o número de candidatas mulheres ultrapassar tal faixa. Nesta última decisão, a Corte fixou as seguintes premissas:

*“Primeira: As ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade.*

[...].

*Quarta: A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados.*

*Quinta: A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública*

---

<sup>43</sup> STF. ADPF nº 186, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 20/10/2014.

<sup>44</sup> STF. ADI nº 3.330, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres de Britto, DJe 22/05/2013.

<sup>45</sup> STF. ADC nº 41, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/05/2018.

<sup>46</sup> STF. ADC nº 19, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/04/2014.

<sup>47</sup> STF. ADI nº 5.617, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 3/10/2018.

*feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres.”*

Tal orientação favorável às ações afirmativas encontra-se em plena sintonia com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (art. 1.5),<sup>48</sup> a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 5.4)<sup>49</sup> – ambas dotadas de hierarquia constitucional no Brasil, já que aprovadas de acordo com o procedimento previsto no art; 5º, §3º, da Constituição – e a CEDAW (art. 4º.1)<sup>50</sup> têm preceitos específicos afirmando a validade de políticas de ação afirmativa, até que cesse a desigualdade material que elas visam a remediar. O Comitê da CEDAW, em sua Recomendação Geral nº 25, tratou da matéria de modo contundente:

*“8. Na visão do Comitê, uma atuação puramente legal e forma ou programática não é suficiente para atingir a igualdade de fato entre homens e mulheres, a qual o Comitê interpreta como igualdade material. Além disso, a Convenção exige que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades e que elas sejam empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados. Não é suficiente garantir às mulheres tratamento que é idêntico ao dos homens. Ao contrário, diferenças biológicas e as que são social e culturalmente construídas entre homens e mulheres devem ser levadas em conta. **Em certas circunstâncias, tratamento não idêntico de mulheres e de homens será exigido para resolver tais diferenças.** O objetivo de alcançar a igualdade material também convoca uma estratégia efetiva para*

---

<sup>48</sup> 1.5: “As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação racial, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos”.

<sup>49</sup> 5.4. “Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias”.

<sup>50</sup> 4.1. “A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”.

*superar a sub-representação das mulheres e a redistribuição de recursos e poderes entre homens e mulheres.*

*9. A igualdade de resultados é o corolário lógico da igualdade de fato ou material. Esses resultados podem ser de natureza quantitativas ou qualitativas; ou seja, mulheres gozando de seus direitos em vários campos em número e de forma igualmente justa em relação aos homens, gozando de mesmos padrões remuneratórios, igualdade na tomada de decisões e na influência política, e mulheres gozando de liberdade contra toda violência.”<sup>51</sup>*

Note-se que, em determinados contextos, a instituição das políticas de ação afirmativa representa um verdadeiro **dever constitucional**, e não mera faculdade política. Afinal, em face de desigualdade estrutural e persistente, há o dever estatal de combatê-la. A inércia diante desse dever pode caracterizar inconstitucionalidade, pela proibição de proteção deficiente de direitos fundamentais.

Como disse o Min. Dias Toffoli, para incluir os historicamente excluídos, “*uma política destinada a reduzir as desigualdades fáticas [...] não é apenas compatível com a Constituição Federal, sendo uma exigência do princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal*”.<sup>52</sup> Na mesma trilha, endereçando especificamente a desigualdade de gênero, a Min. Rosa Weber afirmou:

*“[...] impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – **reclama** a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio.”<sup>53</sup>*

---

<sup>51</sup> Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/453882a7e0.html>>.

<sup>52</sup> STF. ADC nº 41, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/05/2018.

<sup>53</sup> STF. ADC nº 19, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29/04/2014.

Tal orientação foi também adotada pelo Comitê da CEDAW, na Recomendação Geral n° 25, que tratou das políticas de ação afirmativa, como se vê no texto acima reproduzido. Ela foi igualmente sustentada pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, em seu Comentário Geral n° 18:

*“A Comissão também deseja ressaltar que o princípio da igualdade às vezes **requer** dos Estados-parte que adotem ações afirmativas visando a reduzir ou eliminar as condições que causam ou ajudam a perpetuar discriminações proibidas pela Convenção. [...] Essas ações podem envolver a garantia temporária a parte da população atingida de tratamento preferencial em questões específicas, em relação ao resto da população.”<sup>54</sup>*

Firmadas essas premissas, cabe examinar o quadro fático da desigualdade de gênero no acesso aos cargos na magistratura de 2º grau, para verificar se elas justificam ou mesmo impõem a criação de política de ação afirmativa. Este será o foco do próximo item.

### **3. Mulheres e o Poder Judiciário brasileiro**

#### **3.1. Desigualdades de gênero na composição do Poder Judiciário: os tribunais de 2º grau**

A estátua que tradicionalmente representa o Poder Judiciário é de uma mulher, a figura mitológica da deusa grega Themis, que tem os olhos vendados, carregando em uma mão uma balança e na outra uma espada. Apesar disso, o Poder Judiciário – no Brasil, assim como em outros países – sempre foi associado à masculinidade, nos seus rituais, trajes e valores culturais. Como disse Fabiana Cristina Severi, “[a]s vestimentas, o timbre de voz, a postura corporal e demais elementos simbólicos enraizados nas práticas de

---

<sup>54</sup> Disponível em <<https://www.refworld.org/pdfid/453883fa8.pdf>>.

*trabalho e nas formas de apresentação (física e estética) dos magistrados fazem parte de um ethos associado ao masculino”.*<sup>55</sup>

Essa “masculinidade” judicial – por vezes, tóxica – se manifesta de diversas formas. Ela se projeta na atuação jurisdicional, muitas vezes refratária à defesa de direitos básicos das mulheres (vide a proteção absolutamente insuficiente aos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil). Está também presente na discriminação que magistradas sofrem, seja por parte de jurisdicionados, seja por integrantes do sistema de justiça – inclusive outros juízes. Nessa linha, ela se evidencia, por exemplo, em interações cotidianas entre magistrados e magistradas, em que não é incomum o emprego de práticas sexistas, como o *maninterrupting* – homens interrompendo mulheres, não as deixando falar –, o *bropropriating* – homens se apropriando de ideias de mulheres, sem lhes dar o devido crédito – e o *mansplaining* – homens explicando para mulheres assunto que elas dominam, como se fossem intelectualmente superiores.<sup>56</sup> Tais práticas, de acordo com Juliana Cesário Alvim Gomes, ocorrem até mesmo no âmbito do STF.<sup>57</sup> Na sessão do CNJ em que se aprovou a Resolução nº 255, a Min. Cármen Lúcia, que à época presidia o conselho, registrou o ponto:

*“[...] temos tribunais com 57 desembargadores e 1 mulher. E para uma mulher falar no meio de 60 homens, aí eu falo de cátedra: é muito difícil. Já falei no Supremo Tribunal porque todo mundo sabe e é dado estatístico. No mundo inteiro, as mulheres são interrompidas nos colegiados do Poder Judiciário quase 20% mais do que os homens, o que é*

---

<sup>55</sup> Fabiana Cristina Severi. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. *Direito e Práxis*, vol. 07, nº 01, 2016, p. 103. No mesmo sentido, cf. Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira. Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 08, nº 02, 2018; e Erika Rackley. Representations of the (woman) judge: Hercules, the little mermaid, and the vain and naked emperor. *Legal Studies*, vol. 22, nº 04, 2002.

<sup>56</sup> Associação dos Magistrados Brasileiros, Centro de Pesquisas Judiciais e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Perfil das magistradas brasileiras e perspectivas rumo à equidade de gênero nos tribunais*. Brasília, 2023, p. 69.

<sup>57</sup> Juliana Cesário Alvim Gomes. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, vol. 07, nº 15, 2016, p. 652-676.

*sintomático. Então, não é ainda algo que a gente possa desprezar de conhecer.*<sup>58</sup>

Para os fins deste parecer, interessa uma das suas manifestações: as dificuldades de acesso das mulheres aos cargos de magistratura na 2ª instância. Essas dificuldades vêm de muito longe.

Notícias jornalísticas apontam que Auri Moura Costa teria sido a primeira juíza de direito do Brasil, nomeada em 1939 para o Tribunal de Justiça do Ceará, e a primeira a ser promovida para o cargo de desembargadora em seu Estado.<sup>59</sup> O segundo registro de uma mulher na magistratura aparece somente quinze anos depois, com a aprovação de Thereza Grisólia Tang, em 1954, para o cargo de juíza substituta do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.<sup>60</sup> A primeira juíza negra, por sua vez, foi Mary de Aguiar Silva, que tomou posse no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em 1962.<sup>61</sup> Se considerarmos que as primeiras comarcas brasileiras foram estruturadas no século XVI, tem-se cerca de 400 anos de presença estritamente masculina no Poder Judiciário brasileiro.

As mulheres passaram a ingressar na magistratura de forma mais sistemática a partir da década de 1970. Os relatos das juízas pioneiras mostram como o espaço do Poder Judiciário era hostil à presença feminina: elas apontam desde a falta de banheiros próprios – criando situações por vezes constrangedoras –, até a ausência de previsão de licença-

---

<sup>58</sup> Cf. Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022, p. 44.

<sup>59</sup> Cf. Michele Martins. Pioneira na Magistratura inspira presença feminina no Poder Judiciário. *Agência CNJ de Notícias*, 31/03/2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pioneira-na-magistratura-inspira-presenca-feminina-no-poder-judiciario/#:~:text=Auri%20Moura%20deixou%20marcas%20importantes,e%20do%20sistema%20penitenci%C3%A1rio%20nacional>>.

<sup>60</sup> Cf. Leda de Oliveira Pinho. Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura. In: Clara Mota Pimenta, Rejane Jungbluth Suxberger, Roberto Carvalho Veloso e Fernando Quadros da Silva (org.). *Magistratura e Equidade: Estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 147-165.

<sup>61</sup> Cf. Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022, p. 72.



maternidade.<sup>62</sup> Embora, naquela altura, não houvesse proibição legal ao ingresso de mulheres nas carreiras da magistratura, eram frequentemente adotadas estratégias escamoteadas que impediam o seu efetivo acesso aos cargos, como a não homologação das suas inscrições nos concursos, a atribuição de notas menores às candidatas femininas (já que as provas eram, à época, identificadas), e, para as poucas que chegavam à fase do exame oral, não era incomum a realização de perguntas embaraçosas para desestabilizá-las.<sup>63</sup> A jurista e desembargadora aposentada Maria Berenice Dias narrou, por exemplo, que no seu concurso de ingresso, teriam chegado a perguntar se ela era virgem.<sup>64</sup>

Desde então, diversos fatores contribuíram para o aumento da presença feminina no Judiciário brasileiro, como a maior sensibilidade para o tema da igualdade de gênero após a redemocratização, a ampliação da participação das mulheres nos cursos jurídicos e na advocacia e a padronização das etapas e regras dos concursos públicos para seleção de juízes – com a desidentificação das provas. De todo modo, esse percentual tem ficado consistentemente abaixo dos 40% – o atual é de 38% –,<sup>65</sup> parecendo ter estagnado nesse teto insuficiente. Diversas pesquisas e estudos têm demonstrado que a equidade de gênero ainda está muito longe de se tornar realidade no Poder Judiciário brasileiro.<sup>66</sup>

Na mais recente pesquisa do CNJ sobre a matéria, concluiu-se:

*“Como contexto geral, tem-se que a participação feminina na magistratura, ainda que com variações entre os diferentes ramos da justiça, encontra-se baixa mesmo com o aumento identificado na série histórica – saindo de 24,6% em 1988 (CNJ, 2019) e chegando a 40% em 2022.*

---

<sup>62</sup>Cf. Veridiana P. Parahyba Campos. *A Chegada das Meritíssimas: Um estudo sobre as relações entre agência individual, ocupação feminina de um espaço de poder e mudança social*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia (PPGS) da Universidade Federal de Pernambuco. 2015, p. 130-131.

<sup>63</sup> Idem, p. 154-193.

<sup>64</sup> Roberto Fragale Filho, Rafaela Moreira Selem e Ana Paula de Oliveira Sciamarella. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. *E-cadernos CEJ*, vol. 24, 2015, p. 72.

<sup>65</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Participação Feminina na Magistratura: Atualizações 2023*, p. 08.

<sup>66</sup> Uma detalhada análise das pesquisas sobre a matéria se encontra em Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022.

[...] *A série histórica, no entanto, não permite estabelecer qualquer tipo de tendência de crescimento e, portanto, nem projeções de quando seria possível alcanças o patamar de equidade de gênero na magistratura e mesmo entre os (as) integrantes.*<sup>67</sup>

Tais pesquisas evidenciam, ainda, outro elemento central para os fins deste parecer: o predomínio masculino vai aumentando na carreira judicial, na medida em que se progride na respectiva hierarquia. De acordo com estudo do CNJ publicado em 2019 – não constam dados equivalentes no documento de 2023 –, as mulheres representam 45,7% do quadro de juízes e juízas substitutos, são 39,3% entre juízes e juízas titulares, mas apenas 25,7% dos desembargadores e desembargadoras, e tão somente 19,6% dos ministros e ministras dos Tribunais Superiores.<sup>68-69</sup> A referida pesquisa revelou que a participação de mulheres nos tribunais de segundo grau praticamente não tem se alterado: em uma década inteira – de 2008 a 2018 –, a ampliação do percentual de desembargadoras nos tribunais não chegou a 1%, passando de 24,9% para 25,7%.<sup>70</sup>

No estudo de 2023 já referido, os dados sobre desembargadoras e ministras de tribunais superiores foram agregados, gerando a média nacional de 25% de participação feminina, diante de 75% de participação masculina.<sup>71</sup> O documento registrou:

*“Na participação de mulheres como ministras e desembargadoras, grande parte dos Tribunais de Justiça se encontra com percentuais inferiores a 25%, parâmetro alcançado nacionalmente. Deve-se chamar a atenção ao TJAP e ao TJRR, que informaram não haver nenhuma magistrada entre os desembargadores. [...]*

---

<sup>67</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Participação Feminina na Magistratura: Atualizações 2023*, p. 06.

<sup>68</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário*, 2019, p. 09-10 e 17.

<sup>69</sup> É interessante observar que essa estratificação também pode ser constatada nos dados sobre a participação de juízes e juízas negros. De acordo com o CNJ, 18,1% dos juízes e juízas substitutos são negros e negras, o que ocorre com 12,3% dos juízes e juízas titulares e com apenas 8,8% dos desembargadores e desembargadoras. Cf. Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário*, 2021, p. 55.

<sup>70</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário*, 2019, p. 10.

<sup>71</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Participação Feminina na Magistratura: Atualizações 2023*, p. 13-15.

*Já entre ministros e desembargadores, a Justiça Federal apresenta quase todos os tribunais com percentuais inferiores ao encontrado nacionalmente, sendo exceção o TRF-4, e destacando-se o TRF-5 sem registrar nenhuma ministra ou desembargadora. Deve-se destacar que essa informação, em conjunto com o baixo quantitativo de mulheres ingressantes na magistratura federal, aponta para uma possibilidade de permanência de baixo percentual de participação feminina entre os desembargadores ao longo dos anos.*<sup>72</sup>

Tais dados apontam para uma inegável tendência ao congelamento e à estratificação da participação feminina no Poder Judiciário. Cabe analisar o que explica essa perniciosa tendência. Ou, nas palavras de Marina Rezende Ferreira Yoshida, trata-se de aferir “*como e por que elas vão ficando pelo caminho*”.<sup>73</sup>

### 3.2. Causas da desigualdade para ingresso nos tribunais de 2º grau

Nos Estados Unidos, cunhou-se o conceito de “teto de vidro” (*glass ceiling*) para designar barreiras invisíveis que dificultam a progressão profissional de pessoas integrantes de grupos sociais vulnerabilizados, como mulheres e pessoas negras.<sup>74</sup> Naquele país, chegou a ser criada uma comissão – a *Glass Ceiling Commission* –, no âmbito do Departamento de Trabalho, cujo objetivo era fazer estudos e recomendações para eliminação de tais barreiras, tendo como foco principal a discriminação em empresas privadas.<sup>75</sup> As

---

<sup>72</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Participação Feminina na Magistratura: Atualizações 2023*, p.13

<sup>73</sup> Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022, p. 35.

<sup>74</sup> Pelo que consta, a expressão foi criada pela norte-americana Marilyn Loden em debate em 1978, em que criticou visões que atribuíam às próprias mulheres a dificuldade em progredir no mundo corporativo. Vide BBC News. *100 Women: Why I invented the glass ceiling frase*, 13/12/2017. Disponível em <<https://www.bbc.com/news/world-42026266>>.

<sup>75</sup> The Glass Ceiling Commission. *A Solid Investment: making full use of the Nation's Human Capital*. Washington, 1995, disponível em <<https://ecommons.cornell.edu/bitstream/handle/1813/79349/GlassCeilingRecommendations.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

barreiras de vidro correspondem a estruturas organizacionais e práticas sociais que podem até aparentar neutralidade, mas geram graves efeitos em desfavor de integrantes de grupos não hegemônicos, como as mulheres, comprometendo a sua ascensão profissional.<sup>76</sup> Construídas a partir de relações desiguais de poder, tais barreiras refletem interesses de grupos hegemônicos. Porém, por terem sido naturalizadas – percebidas como normais e por vezes até inevitáveis –, elas são invisíveis, conquanto extremamente eficientes na produção de efeitos discriminatórios.

É possível apontar a existência de diversas barreiras dessa natureza nas progressões de carreira de magistradas brasileiras. Em primeiro lugar, deve-se destacar o já referido **ônus desproporcional que recai sobre as mulheres nas questões ditas domésticas** – como o cuidado com filhos e com a casa –, assim como a tendência à atribuição de primazia às necessidades de trabalho do homem em relação às da mulher, no contexto das relações familiares.

Essa realidade modula a vida profissional da maior parte das mulheres, desde o início. Ela pode comprometer o ingresso nas carreiras do Poder Judiciário, uma vez que dificulta a dedicação mais plena aos estudos, que concursos difíceis e disputados – como os da magistratura – costumam exigir. Evidentemente, se há menos juízas no 1º grau, haverá também menos mulheres aptas ao ingresso no 2º grau de jurisdição.

A divisão sexual do trabalho também atua ao longo da carreira das juízas. Os “deveres” familiares podem fazer, por exemplo, com que mulheres recalcitrem em aceitar promoções que impliquem remoções de cidade, pensando no “bem-estar da família”,<sup>77</sup> o que não ocorre com a mesma frequência com juízes do sexo masculino. Em nossa cultura desigualitária, cônjuges e companheiros podem se opor a essas mudanças, por não atribuírem a devida importância às profissões femininas, mesmo que em carreiras de

---

<sup>76</sup> Cf. Eleni Skordaki. Glass slippers and glass ceilings: women in the legal profession. *International Journal of Legal Profession*, vol. 03, n° 01-02, 1996

<sup>77</sup> Cf. Ana Paula Sciamarella. *Magistratura e Gênero: Uma análise da condição profissional feminina no Judiciário Fluminense*. Rio de Janeiro: Autografia, 2020, p. 131; e Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022, p. 67-70.

prestígio, como as da magistratura. A naturalização dos valores androcêntricos leva a que muitas juízas se submetam a essas restrições, mesmo quando ausentes as pressões externas mais explícitas. Como ressaltou Maria da Glória Bonelli, “*casamento e filhos fixam mais a mulher em uma região, mas a movimentação no território é parte do processo de progressão*”.<sup>78</sup>

Tal ponto foi destacado na Nota Técnica nº 01/2017, elaborada pela Comissão AJUFE Mulheres, que tratou da presença feminina na Justiça Federal, a partir de entrevistas feitas com as próprias magistradas:

*“A estrutura de promoção da Magistratura Federal, que implica duplo deslocamento de lotação, foi considerada por 81,87% das juízas como uma barreira que afeta mais as mulheres em comparação aos seus colegas do sexo masculino. As entrevistadas entenderam que passam por maiores dificuldades sobretudo pelos dois fatores de destaque ‘ruptura da unidade familiar’ e ‘distância da família’.*

*Também nas perguntas abertas a maioria das respondentes citou como a maior causa da baixa presença feminina a necessidade de deslocamento domiciliar para promoção. “A necessidade de mudança para promoção na carreira impacta de forma diferenciada as mulheres. À juíza não é dado ambicionar crescer na carreira, na mesma medida que aos juizes” – salientou uma colega. Outra reforçou que “a necessidade de mudança de domicílio para progredir na carreira é um fator impeditivo do maior número de juízas mulheres.”<sup>79</sup>*

Esse mesmo fator pode atuar em prejuízo das mulheres no atendimento a requisitos considerados nas promoções por merecimento, como a aprovação em cursos de aperfeiçoamento e a produtividade. Quanto ao primeiro, diante da dupla jornada de trabalho a que muitas se submetem, fica bem mais difícil encontrar o tempo e a energia necessários à frequência e ao aproveitamento nesses cursos.

---

<sup>78</sup> Maria da Glória Bonelli. Profissionalismo, gênero e significados da diferença entre juizes e juízas estaduais e federais. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, nº 01, 2011, p. 110.

<sup>79</sup> Comissão AJUFE Mulheres. Nota Técnica nº 01/2017: Resultados da pesquisa para se conhecer o perfil das associadas.

Fenômeno similar tende a acontecer em relação ao cumprimento de metas de produtividade, pois a aptidão para alcançá-las também costuma ser afetada pela inevitável fadiga decorrente da cumulação da atividade judicial com o trabalho doméstico. Essa questão foi salientada por Livia Lúcia de Oliveira Borba, Mariana Rezende Ferreira Yoshida e Rafaella Amaral de Oliveira:

*“O atual modelo de medição de desempenho de magistrados(as) brasileiros(as) adotado pelo CNJ e demais órgãos de controle do Poder Judiciário tem dado primazia a indicadores quantitativos de produtividade que, em nome da padronização e da suposta neutralidade, desconsideram fatores outros que são decisivos para a construção dos resultados, como as questões de gênero e raça, por exemplo.*

*Com efeito, estatísticas do IBGE e pesquisas realizadas pelo CNJ e Ajufe, bem como por acadêmicas, deram conta que, entre outras dificuldades, a divisão sexual do trabalho e, conseqüentemente, a menor disponibilidade de tempo para se dedicar à carreira, é uma realidade presente na vida das magistradas, colocando-as em notória desvantagem e prejuízo quando comparadas às condições reunidas por seus colegas homens que, geralmente, ficam mais livres dos trabalhos domésticos em casa e, portanto, permanecem mais disponíveis para o exercício da profissão, sendo esse um atributo muito importante no universo do profissionalismo, ideário que, baseado na expertise e no mérito individual, move o atual modelo de gestão do Poder Judiciário, subvertendo a realidade ao pressupor que todos(as) os(as) juizes(as) partem de um mesmo ponto de largada e, por isso mesmo, os critérios de desempenho devem ser padronizados.”<sup>80</sup>*

Outro fator que contribui para a falta de equidade de gênero nos tribunais se liga à subsistência – ora mais explícita, ora mais velada – de **estereótipos estigmatizantes** em relação às mulheres, que tendem a prejudicá-las nas decisões que influenciam suas carreiras – notadamente aquelas marcadas por maior grau de subjetividade. Tradicionalmente, os homens são vistos como mais racionais e profissionais – o que seria

---

<sup>80</sup> Livia Lúcia de Oliveira Borba, Mariana Rezende Ferreira Yoshida e Rafaella Amaral de Oliveira. Gestão judicial de alto desempenho: um estudo de caso com perspectiva de gênero e raça. *Revista CNJ – Edição Especial Mulheres e Justiça*, 2022, p. 199.

fundamental para o exercício da função jurisdicional –, enquanto as mulheres são percebidas como mais emotivas e voltadas ao mundo doméstico. Nem sempre esses estereótipos são assumidos, inclusive para quem os cultiva: por vezes, eles funcionam como vieses implícitos,<sup>81</sup> que não deixam, por isso, de guiar comportamentos, muito pelo contrário.

De todo modo, não há dúvida de que se trata de mais uma construção social opressiva, desprovida de qualquer base empírica. Mas, por força desse estereótipo, as juízas têm um ônus maior para demonstrar a sua competência e a sua dedicação.<sup>82</sup> Nas palavras de Maria da Gloria Bonelli:

*“[...] alguns dos estereótipos para justificar a exclusão feminina consideravam que a mulher não julgava com o cérebro, mas com o coração e que tinha seu estado emocional afetado em certos períodos do mês.*

[...]

*Na concepção tradicional dos papéis que cabem a cada gênero, compete à mulher a emoção, em oposição à razão masculina. Nesta visão, um juiz tem que se ater às formalidades legais, julgar com base nas provas e não na intuição, o que é usado para desqualificar o trabalho da mulher.”<sup>83</sup>*

Essa questão já se manifesta no âmbito dos concursos públicos para ingresso na magistratura, em que tais estereótipos podem subjazer – de modo consciente ou não – às

---

<sup>81</sup> Cf. Maria Cândida Almeida. Mulheres, vieses implícitos e o Judiciário. *Jota*, 12/03/2018.

<sup>82</sup> Na pesquisa realizada pela Comissão AJUFE Mulheres, a seguinte fala de uma magistrada foi destacada: “[p]ara o homem muitas vezes basta apresentar um currículo apresentando seu amplo POTENCIAL. A mulher tem que provar seu DESEMPENHO excelente” (Comissão AJUFE Mulheres. Nota Técnica nº 01/2017: Resultados da pesquisa para se conhecer o perfil das associadas, p. 06). Roberto Fragale Filho, Rafaela Selem Moreira e Ana Paula de Oliveira Sciammarella colheram relato semelhante: “[p]ara os homens se destacarem, basta ele ser bom. A mulher para se destacar, pelo menos no meu meio, ela tem que ser mais que boa e ela tem que mostrar, demonstrar e ficar o tempo todo mostrando [...] você tem que ser firme. [...] As mulheres não podem demonstrar fraqueza.” Roberto Fragale Filho, Rafaela Selem Moreira e Ana Paula de Oliveira Sciammarella. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. *E-cadernos CES* [Online], vol. 24, 2015, p. 68.

<sup>83</sup> Maria da Gloria Bonelli Condicionantes da competição profissional no campo da justiça: a morfologia da magistratura. In: Maria Tereza Sadek (org). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 95 e 105.

decisões de reprovação. Contudo, é certo que, no atual cenário, em que as provas escritas foram desidentificadas, proibidas as entrevistas pessoais, e determinada a paridade de gênero nas comissões organizadoras e bancas examinadoras,<sup>84</sup> tal fator tende a ser minimizado. Há, todavia, um passivo na matéria. O número de juízas no Brasil é certamente menor, por conta de discriminações de gênero ocorridas em concursos passados. Esse passivo se projeta no presente e no futuro, alterando a atual composição do Judiciário brasileiro, inclusive da sua 2ª instância.

De toda forma, a discriminação disfarçada persiste em outros contextos da carreira, como nos momentos de promoção, especialmente no caso do merecimento. Esta, como se sabe, é decidida com certo grau de discricionariedade por colegiados de desembargadores, compostos majoritariamente por homens. No exercício dessa discricionariedade, estereótipos negativos tendem a pesar.<sup>85</sup>

Ademais, **os ambientes em que são construídas essas relações com desembargadores têm caráter predominantemente masculino.** Tais ambientes já foram comparados ao “Clube do Bolinha”.<sup>86</sup> Obviamente, é mais difícil para juízas competir nesses espaços com magistrados do sexo masculino. O ponto foi salientado por Clara da Mota Santos Pimenta:

*“Diversos estudos e forças-tarefas direcionadas à inclusão de gênero nas justiças ao redor do mundo têm mostrado que as barreiras de promoção têm como uma das suas causas até mesmo a dificuldade feminina de relacionamento em ambientes masculinos. Uma série de desdobramentos da carreira ocorrem em encontros informais, criando-*

---

<sup>84</sup> Em 2021, o CNJ expediu a Recomendação nº 85, recomendando a paridade de gênero nas comissões organizadoras e bancas dos concursos da magistratura. Em 2023, foi editada a Resolução nº 496, desta vez *determinando* a adoção da referida paridade por todos os tribunais.

<sup>85</sup> Cf. Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira. Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 08, nº 02, 2018.

<sup>86</sup> Em 1996, Eliane Botelho Junqueira realizou um estudo sobre as mulheres na magistratura, no qual, após ouvir 10 juízas fluminenses, afirmou que todas elas denunciaram práticas sexistas no âmbito da promoção. Uma das entrevistadas, inclusive, lembrou que “[...] o Tribunal é um clube do bolinha mesmo, uma coisa machista. Talvez na hora das promoções isso atue em detrimento das mulheres” (Eliane Botelho Junqueira. A mulher juíza e a juíza mulher. In: Cristina Bruschini e Heloísa Buarque de Holanda (org.). *Horizontes Plurais: Novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 152).



*se, não raro, uma situação de fraternidade enviesada pelo gênero, no que foi denominado pela força-tarefa norte-americana como a atmosfera de ‘old boys club’.*<sup>87</sup>

Não à toa, as dificuldades de acesso ao 2º grau são ainda maiores para as juízas nos casos de promoção por merecimento. Nessa linha, pesquisa realizada pela Comissão AJUFE Mulheres em 2017 demonstrou que 81,87% das juízas federais consideram possuir maiores dificuldades para ascender aos tribunais por meio do critério de merecimento. Essa crença foi confirmada pelos dados sobre essas promoções, que revelaram enorme assimetria. No caso mais chocante, do TRF da 5ª Região, nunca houve promoção de magistrada de carreira ao cargo de desembargadora federal.<sup>88</sup>

E não se trata de problema concentrado apenas na Justiça Federal. Pelo contrário, uma análise mais ampla de todos os ramos do Judiciário evidencia que existem diferenças relevantes na promoção ao segundo grau por antiguidade, entre juízes e juízas. Mas essa diferença é ainda maior no caso do merecimento, em que fatores subjetivos e políticos assumem importância na decisão de promoção. Como concluiu Mariana Rezende Ferreira Yoshida, “os dados empíricos [...] são fartos e concludentes ao demonstrarem que a trajetória das magistradas de carreira junto aos tribunais de 2º grau, em todos os ramos, possui especiais dificuldades de gênero, que começam lá no ingresso, arrastam-se ao longo do cotidiano profissional e mostram sua força maior na subida ao desembargo, sobretudo se considerado o critério de merecimento”.<sup>89</sup>

Firmada essa premissa, cumpre analisar a relevância da equidade de gênero na composição do Poder Judiciário.

### **3.3. Por que é importante a equidade de gênero no Poder Judiciário?**

---

<sup>87</sup> Clara da Mota Santos Pimenta: Gênero, espaço público e poder: uma análise sobre a composição das comissões examinadoras de concurso da magistratura. *Revista Publicum*, vol. 03, nº 01, 2017, p. 360.

<sup>88</sup> Comissão AJUFE Mulheres. Nota Técnica 02/2019.

<sup>89</sup> Mariana Rezende Ferreira Yoshida. *Discriminação por motivo de gênero e barreiras no acesso ao segundo grau de jurisdição no Brasil por magistradas de carreira*. Dissertação apresentada perante o mestrado profissional da ENFAM, 2022, p. 110.

A falta de equidade de gênero no Poder Judiciário brasileiro pode ser examinada sob pelo menos dois diferentes ângulos: a violação de direitos das mulheres indevidamente preteridas, e os impactos de composições insuficientemente plurais sobre a atuação desse poder de Estado.

Sob o primeiro prisma, o problema básico é de violação à isonomia. Quando “barreiras de vidro” impedem que magistradas ascendam em suas carreiras, ocorre discriminação indireta de gênero, que, como visto acima, é vedada pela Constituição – na linha da pacífica jurisprudência do STF – e pela Convenção das Nações Unidas para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Como bem resumiu Erika Rackley, “*se assumirmos que os talentos e habilidades jurídicas são igualmente distribuídos entre homens e mulheres, a super-representação de homens no Poder Judiciário é em si uma evidência do caráter injusto e desvantajoso da maneira pela qual juízes são selecionados*”.<sup>90</sup> Em outras palavras, se não há nenhuma qualidade inata nos homens que os torne melhores no exercício da função jurisdicional, o fato de serem a maioria esmagadora nos tribunais sugere que os processos de escolha e de promoção de magistrados sejam, *per si*, desvantajosos às mulheres e, portanto, injustos.<sup>91</sup>

Há, ainda, argumentos fundamentais ligados à legitimidade democrática e à eficiência do Poder Judiciário. Nesse particular, duas premissas importantes devem ser destacadas. *Em primeiro lugar*, o Poder Judiciário desempenha, na ordem jurídica brasileira, função extremamente relevante. Além de árbitro imparcial de conflitos, ele exerce papel essencial na garantia de direitos para toda a população. A Constituição de 88 apostou fortemente no Poder Judiciário como guardião de direitos, reforçando a sua autonomia e independência e ampliando os canais de acesso à justiça. Não há dúvida, portanto, de que se trata de um *espaço de poder* extremamente relevante, seja na sua dimensão prática – o que o Judiciário faz importa muito na vida da população –, seja na dimensão

---

<sup>90</sup> Erika Rackley. *Women, Judging and the Judiciary: From difference to diversity*. New York: Routledge, p. 43 (tradução livre).

<sup>91</sup> Kate Malleson. Justifying gender equality on the bench: why difference won't do. *Feminist Legal Studies*, vol. 11, 2003, p. 15.

simbólica, ambas fortalecidas nos últimos tempos, pelo maior protagonismo e visibilidade desse Poder na sociedade.

*Em segundo lugar, juízes e juízas não são as “bocas frias da lei” – ao contrário do que dizia Montesquieu. Não são aplicadores autômatos de normas produzidas pelo legislador. Normas importam – pelo menos no Estado de Direito –, mas não explicam inteiramente o comportamento judicial. As identidades pessoais, experiências de vida e valores exercem influência relevante sobre o modo como juízes e juízas atuam e decidem. Como disse Patrícia Perrone de Campos Mello, “[a]s percepções, interpretações e escolhas efetuadas pelos juízes no curso de um processo são produto de emoções e valores que decorrem de suas experiências de vida”.<sup>92</sup>*

Diante desse cenário, a equidade de gênero na composição dos tribunais se torna especialmente relevante. Tribunais plurais tendem a refletir melhor os diferentes interesses e perspectivas presentes na sociedade, ao invés de simplesmente abraçarem acriticamente aqueles dos seus segmentos hegemônicos. O pluralismo na composição das cortes tende a torná-las mais responsivas aos anseios de setores da sociedade que não costumam ser ouvidos nos processos decisórios. E não há dúvida de que o gênero é um elemento central na identidade humana. Viver como mulher, não apenas habitando um corpo feminino, como também passando por experiências próprias das mulheres – a exemplo da discriminação e da dupla jornada de trabalho –, tende a influenciar o comportamento judicial de magistradas, e essas influências são relevantes para a atuação de todo o tribunal.

Ademais, quando as cortes são plurais, as pessoas conseguem se enxergar melhor no Judiciário, percebendo-o como um poder legítimo, o que tende a aumentar a sua confiança na instituição. Como asseverou Brenda Hale – que presidiu a Suprema Corte do Reino Unido –, “*em uma democracia governada pelo povo e não por um monarca*

---

<sup>92</sup> Patrícia Perrone Campos Mello. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 89.

*absoluto ou mesmo por uma classe governante de aristocratas, o Judiciário deve refletir a comunidade como um todo e não apenas um segmento desta”.*<sup>93</sup>

É evidente que mulheres têm comportamentos judiciais que podem diferir muito entre si: não há uma única forma feminina de julgar.<sup>94</sup> Podem haver, por exemplo, diferenças ideológicas e de temperamento significativas entre juízas, que se reflitam na sua atuação jurisdicional. De todo modo, ao incorporar mais mulheres às cortes, perspectivas e experiências femininas passam a exercer maior influência sobre a atuação do Poder Judiciário. Considerando que as mulheres constituem mais da metade da população submetida à jurisdição, esse é um elemento essencial para a legitimidade democrática dos tribunais. Afinal, a democracia pressupõe adequada representação de todos os grupos – especialmente os historicamente subordinados – nos mais relevantes espaços de poder.<sup>95</sup>

Muito se tem falado, nos últimos tempos, sobre a função representativa do Poder Judiciário.<sup>96</sup> Concordo com Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira, quando afirmam que tal conceito envolve riscos, especialmente se baseado na presunção, estabelecida *ex ante*, de que juízes efetivamente representam a população, o que lhes daria o poder de reescrever o direito, sem que os magistrados e magistradas tenham sido eleitos para isso. Mas – dizem os autores – essa ideia tem também uma importante *dimensão prescritiva* que não suscita o mesmo problema: para atuar legitimamente, o Judiciário,

---

<sup>93</sup> Citada em Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira. Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre esterótipos de gênero das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 08, n° 02, 2018, p. 114.

<sup>94</sup> No pensamento feminista, há quem afirme que existiria uma característica importante nas mulheres, decorrente sobretudo do seu processo de socialização, que é a adesão a uma “*ética do cuidado*”, que as tornaria mais preocupadas com o outro, a partir de um olhar solidário e particularista, focado nas relações interpessoais. Os homens, diferentemente, seriam mais propensos a atuar de acordo com noções abstratas e individualistas de justiça (Carol Gilligan. *In a Different Voice: Psychological theory and women’s development*. Cambridge: Harvard University Press, 2003). Tal posição, porém, tem sido criticada no âmbito do próprio feminismo – na minha opinião, corretamente – por essencializar as mulheres, com base em estereótipos de gênero (cf. Susan Moller Okin. Reason and feeling in thinking about justice. In: Cass Sunstein (ed.). *Feminist Political Theory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 15-36).

<sup>95</sup> Cf. Iris Marion Young. *Justice and the Politics of Difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.

<sup>96</sup> Cf., e.g., Luís Roberto Barroso. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, vol. 09, n° 04, 2018, p. 2171-2228; Robert Alexy. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 03, n° 04, 2005, p. 572-581.

dentre outras exigências, deve ter uma composição plural, em que os diferentes grupos da sociedade estejam representados.<sup>97</sup>

Além disso, não há dúvida de que o pluralismo na composição das cortes, por fomentar a diversidade de pontos de vista, tende a aprimorar a qualidade da atuação jurisdicional. Em órgãos coletivos, a diversidade permite que novas ideias e posições possam aflorar, incrementando os debates, e possibilitando que sejam tomadas decisões mais bem informadas, e com isso provavelmente melhores e mais justas.<sup>98</sup> Estudos empíricos demonstram, por exemplo, que a mera presença de uma juíza mulher no tribunal influencia o comportamento de seus colegas masculinos, tornando-os mais propensos a votar em favor das vítimas de discriminação ou violência sexual.<sup>99</sup>

Já quando a composição do órgão deliberativo é enviesada, com predomínio absoluto de integrantes de grupos hegemônicos – homens brancos, egressos da elite econômica –, é grande a chance de que o silenciamento de vozes resulte em prejuízo para os excluídos. Nesse sentido a composição do Judiciário sem diversidade, além de incompatível com o ideal regulatório de *imparcialidade judicial* – que fica epistemicamente comprometido pela realidade fática –, revela-se prejudicial ao desempenho de missões centrais do Poder Judiciário, como a defesa da igualdade e de direitos fundamentais de grupos vulnerabilizados. O ponto foi destacado por Beverley McLachlin, primeira mulher a ter assento na Suprema Corte do Canadá: “[...] *em um mundo em que uma das funções principais do Judiciário é promover igualdade e justiça, seria estranho que a própria instituição encarregada desse objetivo excluísse as mulheres de sua composição*”.<sup>100</sup>

Em outras palavras, o Judiciário, além de mais democrático, torna-se também mais eficiente no desempenho da sua missão constitucional – pensando a eficiência em

---

<sup>97</sup> Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira. Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 08, n° 02, 2018, p. 900.

<sup>98</sup> Veja-se, a propósito, Cass Sunstein. *Why Societies Need Dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

<sup>99</sup> Cf. Christina L. Boyd, Lee Epstein e Andrew D. Martin. Untangling the causal effects of sex on judging. *American Journal of Political Science*, vol. 54, n° 02, 2010, p. 389–411.

<sup>100</sup> Citada em Erika Rackley. *Women, Judging and the Judiciary: From difference to diversity*. London: Routledge, 2012, p. 44 (tradução livre).

termos não apenas produtivistas e quantitativos –, quando a sua composição é plural, com equidade de gênero.

Finalmente, é importante destacar outro efeito positivo da equidade de gênero no Judiciário para toda a sociedade, que é a erosão de estereótipos negativos sobre a mulher – como o de que elas seriam essencialmente vocacionadas para a vida doméstica, e não para o desempenho de funções públicas importantes. Se mais mulheres ocuparem funções relevantes no Poder Judiciário brasileiro, elas poderão servir de inspiração a milhões de outras, alimentando os seus projetos e sonhos, que serão vistos como possibilidades reais, e não como meras fantasias. Isso pode contribuir, em alguma medida, para a progressiva superação de construções culturais opressivas e hierarquizantes sobre os papéis de gênero, hoje tão enraizadas em nossa sociedade.

Temos, portanto, ao lado da promoção da igualdade, pelo menos três outros objetivos de máxima importância que a equidade de gênero no Judiciário promove: (1) contribui para a legitimação democrática desse Poder de Estado; (2) torna-o mais apto para o desempenho adequado dos seus deveres constitucionais; e (3) auxilia na erosão de estereótipos negativos, que geram a subordinação da mulher na sociedade.

#### **4. Necessidade de criação de política de ação afirmativa para acesso aos tribunais de 2º grau e competência do CNJ**

##### **4.1. Ação afirmativa exigida pela Constituição no acesso por merecimento e antiguidade**

Nos itens anteriores, foram firmadas as premissas básicas deste parecer.

Sob o ângulo jurídico, viu-se que a igualdade de gênero tem uma dimensão substantiva, que se volta à correção de assimetrias e injustiças presentes na sociedade, que penalizam as mulheres. Observou-se que, no direito brasileiro, é vedada não apenas a discriminação direta de gênero – explícita, intencional –, como também a indireta, que é constatada quando se verifica que determinadas normas ou práticas, ainda que aparentemente neutras, atingem as mulheres, prejudicando-as de forma desproporcional.

Concluiu-se, ainda, que, diante de graves e persistentes desigualdades fáticas, a adoção de políticas de ação afirmativa, inclusive com recorte de gênero, mais do que mera possibilidade, converte-se em verdadeiro imperativo constitucional.

Por outro lado, da perspectiva empírica, viu-se que existe uma grave e persistente desigualdade no acesso de juízas aos tribunais de 2º grau, e que nada indica que a simples passagem do tempo venha a solucioná-la. Notou-se que, entre as causas desse fenômeno, figuram a discriminação direta e explícita no passado, mas também a discriminação indireta no presente, por meio, sobretudo, de “tetos de vidro”, que dificultam o ingresso de mulheres no Judiciário e a sua progressão nas carreiras da magistratura: as “obrigações” domésticas e familiares – estabelecidas de modo assimétrico –, que dificultam as aprovações em concurso, as mudanças de domicílio, o cumprimento de metas de produtividade e a frequência em cursos de aperfeiçoamento; os estereótipos de gênero, que atrapalham nas promoções; os ambientes masculinos de poder, em que são formadas as relações necessárias aos avanços na carreira, etc. Registrou-se, ainda, que a falta de equidade de gênero na composição dos tribunais, além de ofensiva à igualdade, mina a legitimidade democrática do Poder Judiciário, e compromete a sua capacidade de prestar a jurisdição de modo adequado – isto é, imparcial, responsivo às demandas sociais, poroso em relação às diversas visões e perspectivas presentes na sociedade.

Nesse contexto, a única conclusão possível é de que se afiguram **constitucionalmente necessárias** a criação e a implementação de política de ação afirmativa para acesso de juízas aos cargos nos tribunais de 2º grau.

Tal conclusão aplica-se, claramente, ao acesso por merecimento, em que os fatores subjetivos para a promoção têm peso significativo.

Mas ela também vale para o acesso por antiguidade, por várias razões. *Em primeiro lugar*, porque são promovidos por antiguidade apenas os juízes e juízas de única ou última entrância (art. 93, inciso III, CF/88). Ocorre que, para mudarem de entrância ou para se tornarem titulares, magistrados e magistradas precisam, em geral, mudar também de domicílio. Como visto antes, diante da “divisão sexual do trabalho”, muitas juízas acabam recusando essas promoções. Com isso, têm dificuldade maior de ascender ao

tribunal e vão “ficando para trás” em relação aos juízes do sexo masculino. A regra é objetiva e não tem intenção discriminatória, mas a sua aplicação prejudica, na prática, as mulheres, o que caracteriza discriminação indireta.

*Em segundo lugar*, porque a discriminação contra mulheres é anterior ao próprio ingresso das juízas na carreira – como comprova o fato de que mais homens são aprovados nos concursos para magistratura do que mulheres. Nesse cenário, não é desarrazoado supor que a discriminação atrase o início de muitas carreiras femininas – por fatores como a dupla jornada de trabalho, ou, no passado, os vieses e preconceitos das bancas examinadoras. Tal atraso se reflete na antiguidade das juízas.

*Em terceiro lugar*, porque o objetivo central da política de ação afirmativa em questão – isto é, proporcionar equidade de gênero nos tribunais, em prol de sua atuação voltada para toda a sociedade – seria fortemente abalado se a política fosse aplicada apenas no acesso por merecimento. A sua eficácia seria *reduzida pela metade*. Por isso, considerações sobre a maior eficiência da política pública na promoção de objetivo constitucional de elevada importância também justificam a sua extensão ao acesso de juízas por antiguidade.

Assim, a política de ação afirmativa deve incidir em favor de juízas de carreira, seja para o acesso aos tribunais de 2º grau por merecimento, seja por antiguidade. Contudo, uma ressalva importante é de que essa medida deve ser temporária, na linha do que prevê o art. 4.1 da CEDAW. De tempos em tempos será necessário reavaliá-la, para que seja cessada, quando a equidade de gêneros nos tribunais for atingida, em patamar reputado razoável.

#### **4.2. Como compatibilizar as regras de acesso aos tribunais com a política de ação afirmativa?**

A Constituição consagra diversas regras sobre a carreira dos juízes e juízas brasileiros, de todos os ramos do Poder Judiciário (art. 93, incisos I a IV). O texto



constitucional alude às promoções alternadas por antiguidade e merecimento (inciso II), e ao acesso aos tribunais de 2º grau, também “*por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única instância*” (inciso III). Como compatibilizar esses preceitos com política de ação afirmativa com recorte de gênero?

Tem-se, no caso, a necessidade de construção de solução que harmonize essas normas constitucionais com o princípio da igualdade de gênero – que, como visto acima, reclama a política de ação afirmativa em discussão. Evidentemente, não é possível afastar as regras constitucionais que regem a carreira da magistratura, sob o argumento de que encerram mecanismo de discriminação indireta. Afinal, como proclama a pacífica jurisprudência do STF, não existe norma constitucional inconstitucional.<sup>101</sup> Tampouco seria adequado, especialmente em Constituição centrada na dignidade da pessoa humana e na igualdade substantiva, fechar os olhos para os efeitos discriminatórios que a aplicação mecânica dos referidos preceitos constitucionais vem ensejando. Fazê-lo também seria descumprir a Constituição, ofendendo princípios que lhe são muito caros.

A solução que logra acomodar as normas em aparente tensão não é difícil: basta estabelecer a existência de duas listas paralelas de antiguidade, uma composta por juízas e outra por juízes do sexo masculino. Em cada uma dessas listas, seguir-se-ia escrupulosamente o critério constitucional da alternância entre promoções e acesso ao tribunal, ora por antiguidade, ora por merecimento.

A incorporação de critério dessa natureza em processo de seleção delineado pela Constituição não representa novidade. Como se sabe, a Constituição determinou que o acesso aos cargos e empregos públicos se dá por concurso público (art. 37, inciso II). E o STF reconheceu na ADC nº 41, por unanimidade, a possibilidade de inserir no concurso público o recorte racial, validando política de ação afirmativa em favor de candidatas e candidatos negros. Posteriormente, o próprio CNJ adotou providência semelhante em relação aos concursos para a magistratura, por meio da Resolução nº 203/2015 (pessoas negras) e do Ato Normativo nº 0007920-83.2022.2.00.0000 (indígenas). Nesses casos, o

---

<sup>101</sup> STF. ADI nº 4.097-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 07/11/2008; e ADI nº 815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10/05/1996.

elemento racial foi incorporado ao processo seletivo, sem desnaturá-lo. Como observou o STF na ADC nº 41: “*A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão*”.<sup>102</sup>

Do mesmo modo, no modelo sugerido, continuaria havendo observância dos critérios de merecimento e antiguidade. Apenas seria criado mecanismo que os complementa, por meio do qual os ônus adicionais que recaem sobre as mulheres nas carreiras da magistratura – e que têm causado a sua sub-representação nos tribunais de 2º grau – seriam devidamente considerados e compensados.

Note-se que os objetivos centrais das referidas regras sobre promoção e acesso seriam mantidos. Por um lado, seria preservada certa objetividade nas promoções e nos acessos ao tribunal de magistrados e magistradas, o que configura importante blindagem diante do risco de práticas patrimonialistas, favoritismos e perseguições. Por outro, manter-se-ia sistema no qual apenas os juízes e as juízas com a necessária experiência na carreira chegariam aos tribunais de 2º grau.

Observe-se, ainda, que a solução proposta também se harmoniza com o sistema constitucional, na parte em que este prevê prazos menores para a aposentadoria das mulheres, exatamente por reconhecer o maior ônus do seu labor, resultante, sobretudo, da dupla jornada de trabalho (art. 40, § 1º, inciso III; art. 201, § 7º, incisos I e II, CF/88). Como afirmou o Min. Edson Fachin, “*os requisitos diferenciados para a inativação das mulheres buscam, dessa forma, minorar os impactos enfrentados pelas mulheres em razão da desigualdade de gênero – na vida em sociedade e no mercado de trabalho*”.<sup>103</sup>

Em resumo, o modelo de duas listas de antiguidade paralelas para juízes e juízas representa a melhor acomodação entre as normas que regem a carreira da magistratura e o princípio constitucional da igualdade de gênero.

---

<sup>102</sup> STF. ADC nº 41, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 07/05/2018.

<sup>103</sup> STF. RE nº 639.138, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ ac. Min. Edson Fachin, DJe 16/10/2020.

### 4.3. A proporcionalidade da política de ação afirmativa em cogitação

O princípio da proporcionalidade configura instrumento para controle de atos estatais, notadamente dos que afetam direitos fundamentais. Apesar de não contar com previsão expressa na Lei Maior, ele pode ser inferido de diversas das suas cláusulas, como o devido processo legal, em sua dimensão substantiva (art. 5º, inciso LIV, CF/88) e o Estado de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88). De acordo com a doutrina e com a jurisprudência do STF, é compatível com a proporcionalidade o ato estatal que atenda simultaneamente a três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>104</sup>

O *subprincípio da adequação* prescreve que a medida estatal deve ser apta para atingir – ou pelo menos favorecer – os fins legítimos que a inspiram. A *necessidade*, a seu turno, é o subprincípio que impõe ao Poder Público que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir o objetivo que persegue. Se há várias formas de se promover, com a mesma intensidade, o resultado pretendido, o Estado tem o dever de optar por aquela que menos prejudique os direitos contrapostos. O *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, por sua vez, envolve a análise da relação entre o custo e o benefício do ato estatal, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos. Isso quer dizer que os ônus impostos pela medida analisada devem ser inferiores aos benefícios por ela engendrados, sob pena de invalidade. Nessa equação, leva-se em conta não apenas o peso abstrato dos bens jurídicos colidentes – isto é, a sua importância na ordem constitucional –, como também a intensidade com que cada um deles é afetado no caso concreto.

---

<sup>104</sup> Cf., e.g., Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2016, p. 467-481; Gilmar Ferreira Mendes. “A proporcionalidade na jurisprudência do STF. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Celso Bastos Editor: São Paulo, 1998; Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-183; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-357.

Pois bem. No caso em discussão, a política de ação afirmativa sugerida pelo Consulente satisfaz claramente a todos esses subprincípios.

Com relação à *adequação*, não há dúvida de que os objetivos perseguidos pela medida – promoção da equidade de gênero nos tribunais e combate à discriminação sexual indireta nas carreiras da magistratura – são absolutamente legítimos e revestidos de estatura constitucional. Evidentemente, a política proposta, por elevar a baixíssima participação feminina nos tribunais de 2º grau, contribuiria decisivamente para o atingimento desses objetivos. Portanto, a medida satisfaz o subprincípio da adequação.

O subprincípio da *necessidade* também é atendido, já que não se vislumbra medida alternativa que promova, com a mesma intensidade, o objetivo desejado. Como destacado, o déficit de magistradas nos tribunais de 2º grau é enorme e o tempo não está corrigindo a grave desproporção existente. São necessárias medidas de impacto para reverter esse processo, na direção da necessária equidade de gênero nas cortes.

O mesmo ocorre com o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*. Como salientado acima, a igualdade de gênero se reveste de grande importância no nosso sistema constitucional. E os déficits de participação feminina nos tribunais, além de evidenciarem a prática de discriminação sexual indireta (e direta, no passado), comprometem a própria legitimidade democrática dessas cortes, assim como a sua capacidade de atuar com eficiência, cumprindo a sua missão institucional de proteger os direitos de toda a população. Os valores promovidos pela medida são tão relevantes que, além de figurarem com destaque na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos, como a CEDAW, constam entre os *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*, a serem alcançados até 2030: “*alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas*”(objetivo 5).<sup>105</sup> E a política de ação afirmativa em questão promove intensamente esses valores constitucionais e sociais, já que pode contribuir decisivamente para a correção e superação de uma forma grave de discriminação sexual indireta, avançando na promoção da equidade de gênero no Judiciário brasileiro.

---

<sup>105</sup> Vide <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/5>.

Do outro lado da balança, tem-se apenas a redução de oportunidades de acesso aos tribunais de 2º grau para juízes do sexo masculino. Mas eles, que hoje já ocupam cerca de 75% das vagas dessas cortes, continuariam com amplas possibilidades de se tornarem desembargadores, pois o acesso ao 2º grau continuaria aberto, só que de forma alternada por gênero. Da perspectiva do interesse público e da democracia, nada se perderia com a política de ação afirmativa. Afinal, é a ausência de mulheres nos tribunais – e não de desembargadores do sexo masculino – que compromete interesses sociais relevantes, bem como a legitimidade democrática das cortes.

E a política de ação afirmativa, nos termos em que foi concebida, tem também a vantagem adicional de ser de simples compreensão e de fácil execução.

Em resumo, sob o prisma constitucional, as vantagens da medida proposta superam folgadoamente os ônus que ela impõe. Portanto, a política de ação afirmativa em discussão também satisfaz o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, ela é **plenamente compatível com o princípio da proporcionalidade**.

#### **4.4. A competência do CNJ para instituir a política de ação afirmativa. Coerência da sua criação com as práticas institucionais do CNJ**

A Constituição conferiu ao Conselho Nacional de Justiça o poder normativo para expedir atos regulamentares no exercício de sua competência (art. 103-B, § 4º, inciso I). Esse poder, que alcança apenas a atuação do Judiciário, pode se voltar à concretização de mandamentos constitucionais, não dependendo, para tanto, da intermediação de lei formal.

Nessa linha, no julgamento da ADC nº 12, o STF validou a vedação ao nepotismo, imposta com detalhes pelo CNJ por meio da Resolução nº 07/2005, por considerar que se tratava de concretização de princípios constitucionais como a moralidade administrativa, a eficiência, a igualdade e a impessoalidade:

*“A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade*

*(ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos).*

*A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.*

*O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.”<sup>106</sup>*

Ora, o princípio constitucional da igualdade de gênero possui aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição, não carecendo de intermediação legal para a produção de efeitos jurídicos. Como visto acima, dele é possível extrair não a mera faculdade, mas o imperativo constitucional de instituição de política de ação afirmativa, no caso em discussão.

É relevante salientar que o próprio CNJ já instituiu outras políticas de ação afirmativa, com fundamento direto no princípio da igualdade. Ao apreciar o Pedido de Providências nº 0002248-46.2012.2.00.0000, o Conselho determinou a criação de cota para pessoas negras nos concursos da magistratura. Não houve, no julgamento, invocação de lei formal, mas da própria Constituição Federal. Confira-se trecho da respectiva ementa:

*“EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÕES AFIRMATIVAS. ESTUDOS. ESTABELECIMENTO DE*

---

<sup>106</sup> STF. ADC nº 12, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 18/12/2019.

*DIRETRIZES AO PODER JUDICIÁRIO PARA O PREENCHIMENTO DE CARGOS DE JUÍZES SUBSTITUTOS E CARGOS, EFETIVOS E EM COMISSÃO, DE SERVIDORES. RESERVA DE PERCENTUAL A NEGROS E ÍNDIOS. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.*

*1. A desigualdade de oportunidades entre classes sociais, gêneros e raças, em decorrência da discriminação, é notoriamente um problema social de origem histórica no Brasil, e exige, para sua correção, a adoção de ações (políticas públicas) – que não se limitam à edição de leis – por parte de diversos órgãos e entidades dos setores público e privado, inclusive do Poder Judiciário como parte integrante da Administração Pública, e dentro da sua respectiva atividade administrativa.*

*2. É dever do Estado brasileiro, por meio de seus Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), promover e garantir a igualdade material de oportunidades a todas as pessoas, independentemente de origem, idade, sexo, raça ou crença religiosa, uma vez que tal igualdade trata-se de direito fundamental assegurado pela Constituição Federal (art. 5º), bem assim porque constituem objetivos fundamentais da República, entre outros, a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução das 2 desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).*

*3. Nessa linha, considerando que a desigualdade de oportunidades também está presente no campo do trabalho, incluído o serviço público, e tendo que conta que cabe ao Conselho Nacional de Justiça, dentro das atribuições que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal (art. 103-B), a missão estratégica de definir balizas orientadoras ao Poder Judiciário, para efeito de superação das deficiências verificadas no modelo vigente, é dever desta Casa adotar políticas públicas por meio de ações afirmativas para a tentativa de correção das desigualdades raciais existentes no serviço público.”<sup>107</sup>*

Assim, por meio da Resolução nº 203/2015, o CNJ determinou que ao menos 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos de ingresso nos tribunais devem ser

---

<sup>107</sup> CNJ. PP nº 0002248-46.2012.2.00.0000, Rel. Cons. Jefferson Luis Kravchychyn, Red. p/ac. Cons. Ney José de Freitas, decisão de 02/10/2012.

reservadas à população negra. Vale ressaltar que a lei federal que instituiu cotas raciais no serviço público federal – a Lei nº 12.990/2014 – não se aplica à magistratura, mas apenas aos “*cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*”, nos termos do seu art. 1º. Portanto, a norma primária, instituidora da política de ação afirmativa em questão no âmbito da magistratura, foi a citada Resolução do CNJ.

Mais recentemente, o CNJ determinou reserva à população indígena de, pelo menos, 3% das vagas oferecidas nos concursos públicos para ingresso na magistratura e nos demais cargos do Poder Judiciário, por meio do Ato Normativo nº 0007920-83.2022.2.00.0000, de 20 de junho de 2023. Na decisão, consta que “[a] *reserva de vagas para indígenas na Magistratura brasileira nos concursos do Poder Judiciário é medida que busca reparar a dívida histórica do Estado com os povos originários do país, silenciados e dizimados que foram ao longo dos séculos de colonização, como também proporcionar verdadeira e pragmática igualdade de direitos e oportunidades. Essa iniciativa mostra-se fundamental para garantir a inclusão da voz indígena no sistema judiciário e para que suas perspectivas e valores sejam levados em consideração na tomada de decisões*”.<sup>108</sup>

Também nesse caso, o ato normativo primário que instituiu a política de ação afirmativa é do CNJ, e se baseia diretamente na Constituição. Afinal, não há qualquer norma legal que institua a referida cota étnica.

Em resumo, o CNJ tem poder para expedir normas primárias no âmbito da atuação e da organização do Poder Judiciário, que concretizem princípios constitucionais, como a igualdade de gênero. Por isso, a instituição detém o poder necessário para instituir, por norma própria, política de ação afirmativa para acesso de juízas aos tribunais de 2º grau, como vem fazendo em outras questões similares.

---

<sup>108</sup> CNJ. Ato Normativo nº 0007920-83.2022.2.00.0000, Rel. Cons. Sidney Pessoa Madruga, decisão de 20/06/2023.



E a instituição da política de ação afirmativa é *medida de coerência*, considerando a preocupação que o CNJ vem manifestando com a igualdade de gênero no âmbito do Poder Judiciário, traduzida em tantos atos importantes, como a instituição da Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário (Resolução nº 255/2018), a criação da Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação (Resolução nº 351/2020), e a incorporação de Perspectiva de Gênero nos julgamentos de todo o Poder Judiciário (Resolução nº 492/2023). E considerando, acima de tudo, a **conclusão do próprio CNJ** sobre a absoluta falta de equidade de gênero na composição dos tribunais de 2º grau, causada por discriminação sexual direta e indireta ao longo do tempo, e sem qualquer perspectiva de reversão.<sup>109</sup>

## 5. Resposta aos quesitos

Com base nos fundamentos expostos acima, passo a responder, de modo sintético, aos quesitos formulados pelo Consulente

*a) É constitucional a instituição de política de ação afirmativa para ampliação do acesso de juízas aos cargos de magistratura no âmbito dos tribunais brasileiros de 2º grau?*

Sim. De acordo com os dados levantados em diversas pesquisas, é extremamente reduzida a participação feminina nos tribunais brasileiros de 2º grau – da ordem de 25% –, e não se vislumbra qualquer tendência de superação desse cenário. Essa grave sub-representação feminina decorre de discriminação sexual direta e explícita praticada no passado, mas também de discriminação indireta no presente, por meio, sobretudo, de “tetos de vidro”, que dificultam o ingresso de mulheres no Judiciário e a sua progressão nas carreiras da magistratura. Os papéis de gênero e a dupla jornada de trabalho, por exemplo, dificultam as aprovações em concursos, as mudanças de domicílio necessárias à progressão na carreira, o cumprimento de metas de produtividade e a frequência em cursos de aperfeiçoamento. Os estereótipos de gênero vigentes podem atrapalhar promoções,

---

<sup>109</sup> Conselho Nacional de Justiça. *Participação feminina na Magistratura: Atualizações*, 2023.

especialmente por merecimento. A masculinidade dos ambientes de poder em que se desenvolvem as relações necessárias aos avanços na carreira da magistratura também compõe esse quadro discriminatório.

A falta de equidade de gênero na composição dos tribunais, além de evidenciar a discriminação direta ou indireta das juízas, compromete a própria legitimidade democrática as cortes, bem como a sua capacidade de cumprir de modo adequado a sua missão institucional maior, de proteger os direitos fundamentais de todas as pessoas – inclusive de mulheres.

A discriminação de gênero – tanto a direta quanto a indireta – é vedada pela Constituição, sendo papel do Estado combatê-la e corrigir os seus efeitos. As políticas de ação afirmativa prestam-se a esse fim e são constitucionalmente legítimas, inclusive no campo do gênero, como tem decidido o STF. Tais políticas promovem a igualdade substantiva, corrigem injustiças históricas, promovem o pluralismo nas instituições e quebram estereótipos negativos.

Diante do cenário fático de grave sub-representação das mulheres nos tribunais de 2º grau, sem perspectivas de avanço ou solução, a adoção de política de ação afirmativa para ampliação do acesso feminino a esse espaço de poder, mais do que uma faculdade, configura verdadeira obrigação constitucional.

*b) No caso afirmativo, essa política de ação afirmativa pode incidir no acesso aos tribunais de 2º grau por antiguidade e por merecimento?*

A política de ação afirmativa em questão pode incidir tanto no acesso aos tribunais de 2ª instância por merecimento como por antiguidade. Afinal, a desigualdade de gênero ocorre nas duas hipóteses de acesso, muito embora de modo mais pronunciado no merecimento, em que ascensão ao tribunal pressupõe decisão com aspectos discricionários, tomada por um colegiado de desembargadores predominantemente masculino.

De todo modo, a medida de ação afirmativa deve ser aplicada também ao acesso por antiguidade, por várias razões.

*Em primeiro lugar*, porque são promovidos por antiguidade apenas os juízes e juízas de única ou última entrância (art. 93, inciso III, CF/88). Ocorre que, para mudarem de entrância ou para se tornarem titulares, magistrados e magistradas precisam, em geral, mudar também de domicílio. Como visto antes, diante da “divisão sexual do trabalho”, muitas juízas acabam recusando essas promoções que implicam mudanças. Com isso, têm dificuldade maior de ascender ao tribunal e vão “ficando para trás” em relação aos juízes do sexo masculino.

*Em segundo lugar*, porque a discriminação contra mulheres é anterior ao próprio ingresso das juízas na carreira – como comprova o fato de que mais homens são aprovados nos concursos para magistratura do que mulheres. Nesse cenário, não é desarrazoado supor que a discriminação atrase o início de muitas carreiras femininas – por fatores como a dupla jornada de trabalho, ou, no passado, os vieses e preconceitos das bancas examinadoras. Tal atraso se reflete na antiguidade das juízas e não pode ser ignorado.

*Em terceiro lugar*, porque o objetivo central da política de ação afirmativa em questão – isto é, proporcionar equidade de gênero nos tribunais, em prol da sua pluralização e democratização – seria fortemente abalado se a política fosse aplicada apenas no acesso por merecimento. A eficácia da medida seria *reduzida pela metade*. Por isso, considerações sobre a maior eficiência da política pública na promoção de objetivo constitucional de elevada importância também justificam a sua extensão ao acesso de juízas por antiguidade.

*c) Tal política de ação afirmativa pode consistir no acesso alternado de juízes e juízas para os tribunais de 2º grau, nas vagas destinadas à magistratura de carreira?*

Sim. Trata-se de forma adequada para compatibilizar, de um lado, a proteção constitucional à igualdade de gênero, e, do outro, as normas constitucionais que preveem, nas carreiras da magistratura, as promoções alternadas por antiguidade e merecimento (art. 93, II), e o acesso aos tribunais de 2º grau “*por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única instância*” (art. 93, III). Desse modo, não se

deixará de observar a alternância entre antiguidade e merecimento, seja na promoção, seja no acesso ao tribunal, mas tampouco será sacrificada a garantia constitucional da igualdade de gênero, ameaçada pela discriminação indireta contra as juízas.

Com essa fórmula – a ser seguida temporariamente, enquanto perdurar a política de ação afirmativa em questão –, os objetivos das regras constitucionais sobre promoção e acesso aos tribunais seriam mantidos. Por um lado, seria preservada certa objetividade nas promoções e nos acessos ao tribunal por magistrados e magistradas, o que configura importante blindagem diante do risco de práticas patrimonialistas, favoritismos e perseguições. Por outro, manter-se-ia sistema no qual apenas os juízes e as juízas com a necessária experiência na carreira chegariam aos tribunais de 2º grau.

A possibilidade de incorporação de critério voltado ao favorecimento de grupo vulnerabilizado no âmbito de processo de seleção delineado pela Constituição não representa novidade. Como se sabe, a Constituição determinou que o acesso aos cargos e empregos públicos se dá por concurso público (art. 37, inciso II). E o STF reconheceu no julgamento da ADC nº 41 a possibilidade de inserir no concurso público o recorte racial, validando política de ação afirmativa em favor de candidatas e candidatos negros.

A solução proposta também se harmoniza com o sistema constitucional, na parte em que este prevê prazos menores para a aposentadoria das mulheres, exatamente por reconhecer o maior ônus do seu labor, resultante, sobretudo, da dupla jornada de trabalho (art. 40, § 1º, inciso III; art. 201, § 7º, incisos I e II, CF/88). Ora, pelas mesmas razões, também é maior o ônus do trabalho das juízas, que, como as demais brasileiras, se sujeitam com frequência à “divisão sexual do trabalho”, com a dupla jornada que essa provoca. Por isso, é razoável que o seu tempo de trabalho “conte mais”, o que justifica a existência de uma lista paralela, em que provavelmente as juízas terão maiores chances de ascender ao 2º grau.

*d) Em muitos tribunais, o acesso às cortes de 2º grau por merecimento pressupõe que a magistrada ou magistrado integre a primeira quinta parte da lista de antiguidade, fator que prejudica o acesso de juízas a esses tribunais. Seria adequado,*

*nesse cenário, estabelecer, para fins de acesso aos tribunais de 2º grau, duas listas diferentes de antiguidade, uma para juízas e outra para juízes?*

Sim. Nos termos da resposta anterior, a existência temporária de duas listas de antiguidade – uma para juízas, outra para juízes – é mecanismo que, de um lado, garante a igualdade de gênero na sua dimensão substantiva, e, do outro, preserva o modelo constitucional de promoções e acesso alternados, por antiguidade e merecimento.

Tal sistema tem, ademais, a vantagem de evitar uma forma de discriminação indireta contra as juízas. Estas, pelas dificuldades adicionais que atravessam, seja para ingresso na magistratura, seja para promoção – *e.g.*, obstáculos maiores para mudança de cidade, pelos papéis de gênero que impõem a priorização dos interesses de outros integrantes da família – acabam, com frequência, ficando para trás em listas de antiguidade compostas também por magistrados do sexo masculino. Com a duplicidade de listas de antiguidade, esse problema seria solucionado de forma razoável e equitativa.

*e) O Conselho Nacional de Justiça detém competência para instituir, por ato normativo próprio, essa política?*

Sim. Como decidiu o STF no julgamento da ADC nº 12, o CNJ tem competência para editar normas primárias que concretizem princípios constitucionais. É o caso do princípio constitucional da igualdade de gênero, que, na hipótese em discussão, requer a criação de política de ação afirmativa, para correção de grave assimetria entre os sexos na composição dos tribunais de 2º grau.

Em outras ocasiões, o CNJ já instituiu, por ato normativo primário, políticas de ação afirmativa em favor de pessoas negras (Resolução nº 203/2015) e indígenas (Ato Normativo nº 0007920-83.2022.2.00.0000, de 20 de junho de 2023), em concursos para a magistratura. No presente caso, por dever de coerência, o CNJ também deve instituir a medida de ação afirmativa, inclusive por já ter reconhecido a gravidade do problema da falta de equidade de gênero na composição dos tribunais de 2º grau, bem como a ausência de perspectiva para a solução dessa questão (vide, Conselho Nacional de Justiça).

# DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA UERJ

*Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário, 2019; Conselho Nacional de Justiça. Participação feminina na Magistratura: Atualizações, 2023).*

É o parecer.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2023.



**DANIEL SARMENTO**

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ

Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ

*Visiting scholar* na Yale Law School