

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPOSIÇÃO DA LEI SUPREMA - LEI COMPLEMENTAR ÚNICO VEÍCULO ADEQUADO PARA PROMOVER OS CRITERIOS DE PROMOÇÃO DE MAGISTRADOS – ATOS REGIMENTAIS DOS TRIBUNAIS OU DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA NÃO PODEM MODIFICAR ARTIGO 93 DA CF E O ESTATUTO DA MAGISTRATURA - PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO – RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Nº 525/2023 – PARTICIPAÇÃO DE MULHERES PARIDADE DE GÊNERO – COTAS SOCIAIS INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE RAZOABILIDADE E IGUALDADE - PARECER.

CONSULTA:

"Fomos consultados acerca dos seguintes fatos:

Nós, juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo abaixo alistados diante da Resolução n. 525/2023 do Colendo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre “ação afirmativa de gênero para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau”, vimos solicitar respeitosamente a Vossa Excelência **parecer jurídico** a respeito da validade do referido ato administrativo,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

propondo, desde logo, os seguintes quesitos que poderão ser respondidos por Vossa Excelência, sem prejuízo de outros comentários que entender pertinentes:

- 1. Considerando o Estatuto da Magistratura contemplado na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura, desbordou ou não o Conselho Nacional de Justiça de suas atribuições constitucionais ao expedir a aludida Resolução n. 525/2023?**
- 2. À luz da Constituição Federal de 1988, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, e dos tradicionais parâmetros historicamente empregados pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, pode o gênero ter-se com critério juridicamente válido para a aferição do merecimento para fins de acesso aos tribunais?**

RESPOSTA:

Antes de oferecer respostas objetivas às indagações que nos foram submetidas, mister se faz tecer algumas considerações acerca de como o direito constitucional é interpretado com técnica hermenêutica diversa daquela utilizada para a compreensão dos demais ramos do direito¹.

¹ **Celso Bastos** salienta, por exemplo, o princípio da inicialidade apenas peculiar ao direito constitucional: “É da essência da Constituição o promanar de um poder constituinte. Assim sendo, o seu Texto é dotado de inicialidade em face de toda ordem jurídica que se lhe segue. A Constituição fundamenta

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Não havendo um antecedente imediato à norma constitucional, passa este a ser a intenção do constituinte, visto que a norma fundamental de Kelsen é norma ideal, que apenas consubstancia a vontade e a intenção do legislador supremo. Sendo uma categoria ontognoseológica, de rigor, não é uma norma antecedente e jurídica, mas apenas fonte exegética a sinalizar a melhor inteligência do texto consequente, que é a norma constitucional.

Por esta linha de raciocínio, nitidamente, pode-se dizer **que a lei é mais inteligente que o legislador, pois há o antecedente imediato, que é a norma constitucional, para todos os ramos do direito.** A Constituição, porém, não é mais

os demais níveis hierárquicos que compõem o ordenamento jurídico. Assim fazendo, ela muito naturalmente subordina estes níveis inferiores a uma interpretação que dê a justificada primazia à Lei Maior. Mas o inverso não pode ocorrer. A interpretação da Constituição, segundo as leis ordinárias, significa a perda completa da consistência constitucional. Ela estaria exposta à inteligência que legisladores sub-constitucionais viessem a emprestar a seus conceitos.

De outra parte sendo a Lei Suprema, a Constituição não encontra acima dela outros textos normativos que a vinculem. Daí esse caráter de inicialidade, que do ângulo estritamente interpretativo impõe que seus termos e vocábulos sejam interpretados a partir dela mesma. Se se tratar de palavras de uso comum é este que deverá prevalecer. Se se tratar, contudo, de um termo técnico, o que se deve tomar em conta é toda a tradição existente em torno dele. O que não se pode é erigir uma fonte normativa qualquer como especialmente credenciada a fornecer-lhe o verdadeiro sentido.

Em síntese, pois, o que cumpre notar é a noção de auto-referência constitucional, o que se entende significar não poder a Constituição valer- se de parâmetros, critérios e princípios que não os nela mesmo substanciados" (Comentários à Constituição do Brasil, Ives Gandra Martins e Celso Bastos, vol. 1, 2^a. ed., 2001, p. 392).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

inteligente que o Constituinte, à falta de um antecedente anterior à sua elaboração.

Desta forma, para se entender o que o constituinte deseja, é de se lembrar que a **interpretação teleológica** se dá, quase sempre, **de forma necessária**, visto que a vontade do legislador implica soluções de natureza política, social e econômica, conformadas no principal texto jurídico, que é a Lei Suprema.

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

Nem pode a lei ser interpretada, à luz da intenção legislativa, da vontade do legislador.

E, também, nem sempre a lei reproduz ou a vontade do legislador ou esta vontade corresponde à adaptação da lei ao sistema.

Kelsen, ao conceber a sua “grande norma”, pretendeu criar um antecedente, que seria uma norma não escrita a dar validade à norma primeira constitucional. Seria uma nova categoria ontognoseológica (relação entre objeto conhecido e o que

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

conhece), numa visão axiológica valorada em sua edição². Tal posição doutrinária, de rigor, ensejou muita contestação, preferindo eu uma formulação mais pragmática, que se encontra na tridimensionalidade dinâmica de Miguel Reale. Em sua concepção de fato-valor-norma, numa percepção dialética o fato, valorado por quem elabora a norma produzida, gera uma tensão, em que a norma se transforma em novo fato, novamente pelo legislador valorado gerando uma nova norma, que, transformando-se em fato, criará nova tensão. Assim, dialeticamente vai sendo criada a lei e suas adaptações às necessidades de regulação social, processo que acompanhará o homem até o final de sua existência na terra³.

² Hans Kelsen ainda esclarece que: "A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção — por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia — é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve. Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. E postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida' (Teoria geral do direito e do Estado, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 168/169).

³ Um dos subscritores do presente parecer, **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** escreveu: "Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, ofertando a dialética da complementariedade e

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Por isto, entendo que a **norma constitucional é a primeira**, mas, de rigor, reproduz a vontade da sociedade ou de quem empalma o poder, nos regimes ditatoriais, independe da sociedade, sendo, pois, o **Constituinte aquele que lhe dá o perfil**. Por isto, repita-se que a norma constitucional não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um sistema anterior, como existe em relação à legislação infraconstitucional, que tem a própria Constituição como antecedente.

mostrando a interação de fato, valor e norma, que produz nova interação, por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja, a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado ⁽¹⁾. São eles: os fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores da norma; e a terceira, a aplicação da lei, em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.

Lembra o eminentíssimo mestre e orgulho da filosofia e do direito brasileiros, que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma faceta "gnoseológica", outra "fenomenológica" e outra "deontológica" no direito. Acrescenta, todavia, que, em sua concepção original e universal, o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a "gnoseologia jurídica".

O Direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma, à luz de valores, que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana, o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico --e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano-- reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorre de que, no ser humano, o "ser" implica um permanente "dever ser" (Ética no Direito e na Economia, Ed. Pioneira, São Paulo, 1999, p.7/8/9).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito, é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere.

Outro não é o posicionamento do **Supremo Tribunal Federal**, como a seguir demonstrado:

"Interpretação. Carga construtiva. Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta escorai a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a conformação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar descabe 'inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que 'conviria' fosse ela perseguida' – Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele".

Constituição. Alcance político. Sentido dos vocábulos. Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer, no caso do direito, pela atuação dos Pretórios" (grifamos).

Voto do eminente Min. Marco Aurélio:

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

“(...) Já se disse que ‘as questões de nome são de grande importância, porque, elegendo um nome ao invés de outro, torna-se rigorosa e não suscetível de mal-entendido uma determinada linguagem. A purificação da linguagem é uma parte essencial da pesquisa científica’ (...). Realmente, *a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos*. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais. (...)

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito, é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere⁴.

⁴ Como expõe o Min. Eros Grau em obra doutrinária: “(...) a interpretação do direito é interpretação *do direito*, textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpretam *textos de direito*, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli [1952^a:10] pelas suas *premissas implícitas*. Santi Romano [1964:211] insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular, mas de uma lei ou de uma norma que é considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico; o que significa que o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, o *texto singular*. Hermann Heller [1977:274], por outro lado, observa que o preceito jurídico particular somente pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, quando se parte da totalidade da Constituição política. A propósito, diz Geraldo Ataliba [1970:373]: ‘(...) nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Na **interpretação sistemática**, todas as técnicas são admissíveis, mas em conjunto, ou seja, a **gramatical, a histórica, a teleológica, a formal, a dialética**. Busca o intérprete examinar a norma escrita à luz de seu conteúdo ôntico e de todo o sistema, com o que na integração exegética

Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente'. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que o texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio [1960:3] – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo" (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127-128).

⁴ Os caminhos adotados pelo direito para lidar com as aparentes antinomias são analisados por Inocêncio Mártires Coelho nos seguintes termos: "Como o direito, pelo menos enquanto o *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias*, ao longo dos séculos de interpretação das leis, a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver as antinomias, pelo menos as *aparentes*, já que as antinomias reais permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada à liberdade do aplicador do direito. Fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, usualmente enunciados em latim – *lex posterior derogat priori*; *lex superior derogat inferiori*; *lex specialis derogat generali* –, em verdade simples regras técnicas que, ao serem utilizadas, dão-nos a nítida sensação de que resolveram um pseudoproblema, como diriam os doutos..." (*Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, IDP, 2000. p. 45-46).

⁴ A hermenêutica como arte é objeto das seguintes ponderações de Gadamer: "A ideia do direito contém a ideia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido à lei, mas pode decidir livremente acerca da sua aplicação, fica então, obviamente, destruído o fundamento de toda hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da ideia do direito. A arte dos juristas é também o cultivo do direito" (*A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 63-64).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

na ordem jurídica, passa a gozar de maior densidade, adequação e pertinência⁵.

O Direito se interpreta de acordo com os seus ramos, à luz da hermenêutica, que é a ciência da interpretação jurídica.

VICENTE RAO lembra que no processo hermenêutico lógico-científico deve o intérprete buscar a vontade e o pensamento que assinam a própria norma, de tal maneira que o que na lei está é o que a norma pretendeu que estivesse.

*"O processo lógico-jurídico ou científico, mais
em harmonia com o sentido social e humano*

⁵ **Jose Eduardo Soares de Melo** ensina: "Considera o sistema jurídico como um todo harmônico, coerente, cabendo ao intérprete analisar a norma neste contexto múltiplo de preceitos inseridos num conjunto orgânico.

Paulo de Barros Carvalho assinala que "é nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e de coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do Direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica sustenta".

Os preceitos jurídicos são comparados com os demais dispositivos do ordenamento, havendo íntima conexão entre os princípios, uma vez que "o Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica" (Maximiliano).

Ricardo Lobo Torres ensina que "o sistemático não é apenas lógico. Possui dimensão valorativa, pois visa compreender a norma dentro do sistema jurídico que é aberto, direcionado para os valores — especialmente a justiça e a segurança — e dotado de historicidade. Fala-se hoje menos em método sistemático que em sistema de métodos. A idéia de diretriz é a unidade entre os vários ramos do Direito e as respectivas teorias, unidade essa que não é fechada, por ser rica de sentido. O método sistemático, enfim, incorpora o critério teleológico, donde se conclui que do sistema jurídico emana a dimensão econômica e financeira" (Curso de Direito Tributário, coord. Ives Gandra da Silva Martins, 11^a. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 150/151).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

do direito, parte do texto que examina, mas vai além dos elementos materiais que o texto lhe proporciona, quando, por processos lógicos, investiga a "ratio legis" (ou razão que justifica e fundamenta o preceito), a "vis" (ou virtude normativa do preceito, que lhe advém, não da vontade subjetiva de quem o elaborou, mas da eficácia intrínseca e objetiva adquirida ao se destacar de seu autor) e a "ocasio legis" (ou particular circunstância do momento histórico, que determinou a criação do preceito).

A soma dos resultados dessas três investigações devia tender, segundo antiga doutrina hoje abandonada, a demonstrar a vontade do legislador, considerada subjetivamente, como sendo o pensamento do autor, ou elaborador, da norma jurídica.

Admite-se hoje, ao contrário, que essas investigações devem conduzir o intérprete na busca, não do querer subjetivo do autor do preceito, mas da vontade e do pensamento que animam a própria norma, havida como expressão atual da vontade coletiva" (O direito e a vida dos direitos, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo, p. 528).

CARLOS MAXIMILIANO⁶ também ensina:

"No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo, à idéia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem" — "saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder", isto é, o sentido e o alcance respectivos.

⁶ Hermenêutica e Aplicação do Direito. Ob citada, p. 34

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

A exegese, em Roma, não se limitava aos textos obscuros, nem aos lacunosos; e foi graças a essa largueza de vistas dos jurisconsultos do Lácio que o Digesto atravessou os séculos e regeu institutos cuja existência Papiniano jamais pudera prever".

E, justamente por isso, é que o ordenamento jurídico, como todos sabem, se compõe de um **conjunto de normas**⁷, formado por regras e princípios⁸.

A convivência dos princípios é, como já apontava **Zagrebelsky**⁹, conflitual. Princípios antinônicos coexistem. A prevalência de determinado princípio sobre outro que com ele seja incompatível, em face de determinada situação fática, se dará segundo critérios de otimização. O aplicador e o intérprete do direito deverão buscar a eficácia máxima de cada um dos princípios em conflito, ponderando até onde cada princípio pode ceder em prol da harmonização, sem comprometimento de sua validade.

⁷ Foi utilizada a classificação modernamente adotada pelo constitucionalismo, segundo a qual norma é gênero que se subdivide em duas espécies: regras e princípios. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1146)

⁸ A teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, trouxe luz à essa matéria ao deixar claro que o direito não é composto apenas de normas, mas que é um conjunto formado por fato, valor e norma. Esse estudo refoge, no entanto, do objeto do parecer que se cinge a verificar os critérios de revogação de uma regra por outra,

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil, Madrid: Editorial Trotta, 2^a ed., 1997.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Já, o conflito entre regras é auto-excludente. As regras de conduta só podem coagir o particular se e, enquanto sejam compatíveis entre si. **Não há peso e ponderação entre regras antinônicas.** Há, ao contrário, a revogação de uma por outra, pressupondo-se, por óbvio que ambas sejam válidas. Isso porque as regras obedecem, como prescreve **Dworkin**, ao critério do “tudo ou nada” (*applicable in all-or-nothing fashion*).

As antinomias entre regras podem ser de duas ordens, a saber: lógica ou empírica. Antinomia lógica há sempre que uma norma proíbe determinada conduta e outra norma permite a mesma conduta, dadas as mesmas circunstâncias. Essa é a clássica antinomia própria. Já a antinomia empírica, também denominada antinomia imprópria, ocorre quando dois enunciados não podem ser, ao mesmo tempo, aplicados.

Quanto às antinomias das regras, **Norberto Bobbio**¹⁰ bem ressalta que não pode existir simultaneamente no mesmo ordenamento: a) um preceito que ordene algo e outro que permita a mesma coisa; b) uma regra que obrigue determinado comportamento e outra que permita não fazer; ou ainda, c) uma regra que proíba fazer e outra que permita fazer algo.

¹⁰ Bobbio. Norberto Teoria do Ordenamento Jurídico, UNB, 1999, p. 86

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Para identificar qual é a regra que vige para o caso concreto, quando há revogação tácita ou revogação expressa inominada, há três critérios adotados pela hermenêutica jurídica: o **hierárquico** (*lex superior derogat inferiori*), o **cronológico** (*lex posterior derogat priori*) e o **da especialização** (*lex specialis derogat generali*).

Em outras palavras, **em havendo conflito entre leis, deve-se analisar o critério hierárquico, cronológico e de especialização para se verificar qual deve prevalecer.**

Por esta linha de raciocínio, é de se compreender o primeiro aspecto do presente parecer, ou seja, de que, **no que diz respeito aos critérios para promoção de magistrados deve-se predominar o que determina o Texto Constitucional e a Lei Complementar** que rege o Estatuto da Magistratura, observando-se apenas e tao somente os critérios de **antiguidade ou de mérito para a promoção de magistrados**, não prevalecendo, assim, nenhum outro critério que não aqueles determinados pelo legislador constitucional e cumpridos pela Lei Complementar, que dispõe sobre o Estatuto da Magistratura.

Isso porque, o artigo 93 da CF é claro ao definir que:

"Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

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

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

entrância; (Redação dada pela Emenda
Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)
..."

A norma constitucional do artigo 93 é, claríssima e, aplicável por
uma interpretação sistêmica.

E por se tratar de norma sistêmica, qualquer disposição, em ato
normativo infraconstitucional, que pretenda introduzir outro tipo
de critério de promoção de magistrados, eliminando-se o
inalienável e irredutível direito constitucional **é de densa e
manifesta inconstitucionalidade**, pois mediante atos de
hierarquia inferior, estabelecer-se-ia limitação que a Lei
Suprema não admite¹¹.

Isso porque, a norma supra referida estabelece os princípios
básicos que deverá constar na legislação específica que criará o

¹¹ Neste sentido, vale a pena destacar a palestra ministrada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, em Simpósio, por mim coordenado, sobre imunidades tributárias, em que insistia na técnica exegética de que os atos infraconstitucionais interpretam-se à luz da Constituição e não a Constituição, à luz dos atos infraconstitucionais: "E a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. — Se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, "para atender às suas finalidades essenciais" não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. **Porque a Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição**" (grifamos) (Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, Processo administrativo tributário, co-ed. CEU-Centro de Extensão Universitária e Revista dos Tribunais, 1999, p. 31/32)

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Estatuto da Magistratura, estabelecendo os objetivos da carreira do magistrado.

Nesse sentido, bem pondera **José Afonso da Silva**¹²:

“2. ESTATUTO DA MAGISTRATURA. A Constituição fala explicitamente estatuto da magistratura, considerado o conjunto de princípios e regras que definem os direitos prerrogativas e deveres dos magistrados.”

Referida norma detém, ainda, de eficácia plena e aplicabilidade imediata. O que vale dizer, a eficácia do disposto no art. 93 da CF não depende de regulamentação, constituindo-se de pressupostos que nortearão o legislador a criar a lei complementar ali definida.

Nesse sentido, já decidiu o **Supremo Tribunal Federal**:

“A aplicabilidade das normas e princípios inscritos no art. 93 da CF independe da promulgação do Estatuto da Magistratura, em face do caráter de plena e integral eficácia de que se revestem aqueles preceitos.” (ADI 189, rel. min. Celso de Mello, j. 9-10-1991, P, DJ de 22-5-1992.)

A prerrogativa de elaborar o Estatuto da Magistratura, cometida ao STF pelo constituinte originário (art. 93, caput, CF/1988), tem função

¹² COMENTÁRIO CONTEXTUAL À CONSTITUIÇÃO, ART. 93, 5^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 508.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

constritiva da liberdade nomogenética dos tribunais. Há reserva constitucional para o domínio de lei complementar no que concerne ao processo eleitoral nos tribunais, estando a caracterização dos loci diretivos, para fins de elegibilidade, adstrita aos três cargos, dispostos em numerus clausus, no art. 99 da Loman. Não se encarta no poder nomogenético dos tribunais dispor além do que prescrito no art. 102 da Loman, no que se conecta aos requisitos de elegibilidade. A departição de funções, nomes jurídicos ou atribuições, nos regimentos internos dos tribunais, não pode ser excogitado como critério diferenciador razoável e susceptível de quebra da isonomia entre os postulantes de cargo diretivo. (MS 28.447, rel. min. Dias Toffoli, j. 25-8-2011, P, DJE de 23-11-2011)

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

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

E aqui cabe outra consideração de hermenêutica constitucional.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Considerando que o direito se interpreta pelo conjunto de suas normas, princípios e institutos. Não pode o intérprete afastar-se das leis da hermenêutica por conivência ou conveniência, “*pro domo sua*”.

CARLOS MAXIMILIANO¹³ sobre a interpretação constitucional escreve:

“A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais”.

...

“Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional”.

VICENTE RAÓ, a propósito da interpretação das normas e sua aplicação deixou lições preciosas ao escrever que:

“a função do intérprete consiste em determinar, por podo preciso, o conteúdo real das normas jurídicas, restabelecendo o seu real valor em confronto com as expressões inadequadas, que retifica de acordo com a vontade legislativa.”

Tal interpretação diz **VICENTE RAÓ¹⁴**:

¹³ Hermenêutica e aplicação do Direito, Ed. Forense, 9^a. ed., 1979, p. 304.

¹⁴ O Direito e a Vida dos Direitos, RT, 3^a ed., Vol. 1, pp. 451/452.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

“Será por vezes restritiva, que tem por efeito não aplicar a norma aos casos incompatíveis como o seu espírito, embora, na aparência, por ele figurem contemplados, ou nela possam ser incluídos.

Seja declarando para ampliar, seja declarando para restringir, o hermeneuta não altera o preceito, para ampliá-lo, ou restringi-lo, além ou aquém do seu conteúdo real; apenas amplia ou restringe o seu significado aparente, que se revela insuficiente ou excessivo em relação ao pensamento fiel da disposição.”

De fato, **não se trata aqui de dar INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA AO TEXTO LEGAL, mas, sim, de atribuir-lhe interpretação literal, estrita¹⁵, como exige o princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 5º XIII da CF.**

Trata-se, ademais, de levar em conta norma basilar de hermenêutica jurídica, segundo a qual “**a lei não contém palavras inúteis**”¹⁶.

As expressões do direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.

¹⁵ **Inocêncio Mártires Coelho** lembra que é função do intérprete: “fixar o sentido das normas da lei fundamental — sejam essas normas regras ou princípios — tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão de seu significado e do seu alcance” (Curso de Direito Constitucional, escrito em parceria com Gilmar Mendes e Paulo Gonçalves Branco, Ed. Saraiva, São Paulo, 5ª. ed., 2010, p. 155).

¹⁶ A esse respeito, escreveu **CARLOS MAXIMILIANO**¹⁶: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis”... “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém, a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para apreciar o alcance da regra positiva (...).

Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto, porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma”.

Ainda que o festejado autor admita não ser tal preceito absoluto, adverte que só pode o julgador abandoná-lo, quando, mediante o emprego de outros recursos aptos a revelarem o verdadeiro alcance da norma, resulte evidente que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano.

Daí concluirmos que **CARLOS MAXIMILIANO** fez clara menção que **o direito se interpreta pelo conjunto de princípios, normas e institutos que o regem**. Não pode o intérprete - como condenava Ferrara - colocar na lei o que nela não está, por preferência pessoal, nem dela retirar o que não lhe agrada, por conveniência¹⁷.

¹⁷ **Hamilton Dias de Souza** ensina: ““deve-se lembrar a lição de Francesco Ferrara, segundo a qual o excessivo apego à letra da lei é pernicioso, mas,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Como se observa, o direito interpreta-se pelo conjunto de suas normas, princípios e institutos. Não pode o intérprete afastar-se das leis da hermenêutica por conivência ou conveniência, “*pro domo sua*”.

Nesse sentido, as disposições contidas na Resolução do Conselho Nacional da Magistratura nº 525/2023, que trouxe modificações ao artigo 1º da Resolução CNJ 106/2010, se tornam totalmente incompatíveis com nosso ordenamento jurídico.

Confira-se o teor de tal norma:

RESOLVE:

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

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

§ 1º Para fins de preenchimento das vagas relativas à promoção pelo critério de merecimento,

ainda mais grave é o perigo de que o intérprete force a exegese, encaixando no texto aquilo que gostaria que lá estivesse ou suprimindo o que contrariasse suas preferências” (Francesco Ferrara, *Interpretação e aplicação das leis*, 2ª. ed., Coimbra, 1963, p. 129 in *Direito Tributário* 2, José Bushatsky editor, São Paulo, 1972, p. 32).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

os quintos sucessivos a que alude o art. 3º, § 1º, aplicam-se a ambas as modalidades de edital de inscrição (misto ou exclusivo de mulheres) e devem ser aferidos a partir da lista de antiguidade, com a observância da política de cotas deste Conselho.

§ 2º Para fins de aplicação do art. 93, II, a, da Constituição Federal, a consecutividade de indicação nas listas tríplices deve ser computada separadamente, conforme a modalidade de edital aberto (exclusivo ou misto), salvo a hipótese de magistrada que tenha figurado em lista mista, considerando-se consecutiva a indicação de: a) magistrado ou magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes de editais com inscrições mistas, independentemente do edital de inscrição exclusiva de mulheres que tenha sido realizado entre eles; b) magistrada que figurou em duas listas seguidas, decorrentes de editais com inscrições exclusivas de mulheres, independentemente do edital de inscrição misto que tenha sido realizado entre eles; c) magistrada que figurou em duas listas seguidas decorrentes, uma de edital de inscrição exclusiva para mulheres e outra de edital de inscrição mista, ou vice-versa.

§ 3º Ficam resguardados os direitos dos magistrados e das magistradas remanescentes de lista para promoção por merecimento, observados os critérios estabelecidos nesta Resolução quanto à formação de listas tríplices consecutivas.

§ 4º Para a aferição dos resultados, o CNJ deverá manter banco de dados atualizado sobre a composição dos tribunais, desagregado por gênero

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

e cargo, especificando os acessos ao 2º grau de acordo com a modalidade de editais abertos.

§ 5º As disposições deste artigo não se aplicam às Justiças Eleitoral e Militar." (NR)

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

Muito embora as mulheres mereçam aplausos por toda a sua dedicação e dificuldades encontradas no mercado de trabalho, não se pode, entretanto, deixar de reconhecer que cada vez mais o número de mulheres na justiça e na sociedade vem aumentando, até pelo aspecto cultural de nossa sociedade. Antigamente, as mulheres eram vistas muito mais por seus atributos pessoais do que por seu desempenho profissional.

Não basta, por si só, apenas o aumento do número de vagas para mulheres no judiciário, buscando um critério de igualdade, sem que ocorram determinadas mudanças de padrões de comportamento, pois se não mudarmos a mentalidade da sociedade de que ainda a mulher seria subordinada, frágil e reconhecida por sua beleza, se essa realidade social não mudará. As mulheres têm o direito de serem reconhecidas pela sua dedicação, desempenho e méritos próprios e o fato de dar-lhes um percentual de cotas apenas traria às mesmas ainda mais o ônus de que estariam naquele órgão não por seus méritos.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

A sociedade e a magistratura devem reconhecer tais questões e trabalhar de forma efetiva em busca de mudanças, principalmente trazendo as mulheres cada vez mais para os cargos de liderança, como ocorreu, por exemplo, na OAB-SP, que na última eleição, elegeu a primeira mulher, a Dra. Patrícia Vanzonili, para presidir a maior seccional deste País. Assim, a representatividade das mulheres junto ao Poder Judiciário torna-se um desafio diário a ser enfrentado com o envolvimento de todos e não por meio de critérios ideológicos, como bem foi conduzida a Resolução do CNJ supramencionada.

Daí o motivo de não ser adequada a utilização de tal critério para aferição de vagas em Tribunais ou como “lista exclusiva para mulheres”, pois se acabaria criando um certo desconforto para as próprias mulheres, pois serão classificadas pelo simples fato de serem “mulheres” e, não em função de sua “competência” e “antiguidade”, critérios objetivos para sua promoção junto ao Tribunal que representa.

Nem se alegue que estaria os regulamentos, que são normas inferiores hierarquicamente, indo além do que determina o texto legal. Muito pelo contrário!

Em se tratando de hierarquia das fontes formais de direito, uma norma inferior somente pode ser considerada como válida, se tiver sido criada na forma prevista pela norma superior – o que efetivamente ocorre no presente caso, vez que os atos

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

regulamentares tiveram apenas o condão de complementar a legislação existente, sem ampliar ou restringir seu conteúdo normativo, pois a Lei Orgânica da Magistratura – sendo lei complementar – **não apresenta conceitos vagos**.

Portanto, **as normas regulamentares, citadas no presente parecer, ao ir além do que determinou a lei complementar acaba por violar o princípio da hierarquia das normas**.

Pode-se afirmar, assim, de acordo com a teleologia das normas acima citadas, que **a Resolução do Conselho Nacional de Justiça 525/2023 não tem o condão de dispor não só além do que determina a legislação própria que versa sobre tal matéria – Estatuto da Magistratura – mais também ao próprio Texto Constitucional**.

Note-se, ainda, que não pode a referida Resolução ultrapassar os limites da lei, muito menos exercer controle constitucional de editais de promoção dos Tribunais.

Isso porque, a competência do Conselho Nacional de Justiça se dá justamente para dar efetividade às regras constitucionais e infraconstitucionais, não podendo contrariar normas ou inovar no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, já decidiu o **Supremo Tribunal Federal**:

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

(...) esta Suprema Corte em distintas ocasiões já afirmou que **o CNJ não é dotado de competência jurisdicional, sendo mero órgão administrativo**. Assim sendo, a Resolução 135, ao classificar o CNJ e o Conselho da Justiça Federal de “tribunal”, ela simplesmente disse – até porque mais não poderia dizer – que as normas que nela se contém aplicam-se também aos referidos órgãos. (ADI 4.638 MC-REF, rel. min. Marco Aurélio, voto do min. Ricardo Lewandowski, j. 8-2-2012, P, DJE de 30-10-2014.)

“O CNJ não dispõe, constitucionalmente, de competência para deliberar sobre situações que alcancem ou que atinjam resoluções e manifestações volitivas emanadas de órgãos e autoridades vinculados a outros Poderes do Estado e, por isso mesmo, absolutamente estranhos ao âmbito de atribuições institucionais daquele órgão de controle meramente administrativo do Poder Judiciário, ainda que se trate de provimento de cargo de desembargador pela regra do quinto constitucional (CF, art. 94), pois, em tal hipótese, cuidando-se de procedimento subjetivamente complexo (RTJ 178/220 – RTJ 187/233- 234 – RTJ 188/663, v.g.), o ato final de investidura pertence, exclusivamente, a agente público que chefia o Poder Executivo (CF, art. 94, parágrafo único).” (MS 27.033 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 30-6-2015, 2ª T, DJE de 27-10-2015)

**“DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORIGINÁRIA.
CRITÉRIO DE DESEMPATE APLICÁVEL À LISTA DE
ANTIGUIDADE DE MAGISTRADOS PROMOVIDOS
NA MESMA DATA, PARA A MESMA ENTRÂNCIA.**

...

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

3. A intervenção desta Corte em relação aos atos do CNJ só deve ocorrer em caráter excepcionalíssimo. O Conselho Nacional de Justiça foi criado com a finalidade constitucional expressa de exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (CRFB/1998, art. 103-B, § 4º). Nessa linha, o controle por parte dessa Corte somente se justifica em hipóteses de anomalia grave, entre as quais: (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância, pelo Conselho, de suas competências; e (iii) injuridicidade ou manifesta falta de razoabilidade do ato.

4. No caso, a manutenção do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a consequente revisão da decisão do Conselho Nacional de Justiça se justifica por três razões principais. Em primeiro lugar, porque o acórdão do TJSP prestigia o critério mais consentâneo com a divisão constitucional da justiça dos estados em entrâncias (art. 93, III, CRFB). Se a promoção individual, vaga por vaga, só pode ser realizada de acordo com a antiguidade na entrância anterior, não há motivo para se questionar o critério na promoção coletiva. Precedente: ADI n.º 1.834/SC, Rel. Min. Marco Aurélio.

5. Em segundo lugar, para efetivar o critério constitucional, tanto a Lei de Organização Judiciária do Estado de São Paulo (art. 142, IV, do Decreto-lei complementar n.º 3, de 27/08/1969), como o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (art. 76, III), estabeleceram que o critério para aferir a antiguidade na entrância corresponde à antiguidade “na entrância anterior no quadro”.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

6. Em terceiro lugar, o art. 80, § 1º, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não se aplica à hipótese. O dispositivo da LOMAN refere-se à aferição da antiguidade na carreira, e não à antiguidade na entrância. Não pode haver uma antiguidade como critério para promoção (na entrância anterior) e, após sua realização, outra antiguidade (geral) como critério de desempate na nova entrância.

...

8. Pedido procedente para anular a decisão do Conselho Nacional de Justiça e restaurar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (AO 1789, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 PUBLIC 29-10-2018)

Por outro lado, tal norma ainda macularia de morte o princípio da igualdade, que é a base do regime democrático de direito - tão relevante, que é reiterado em repetidos dispositivos- e colocado, em enfático pleonasmo, três vezes, no "caput" e no inciso I, do artigo 5º, para dirimir quaisquer veleidades hermenêuticas. Estão, o artigo e seu inciso, assim redigidos:

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

*...
I - homens e mulheres são **iguais** em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"* (grifamos).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

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

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

Kelsen¹⁸ ensina que:

"Se a Constituição contém uma fórmula que proclama a igualdade dos indivíduos, mas não precisa que espécies de distinções não devem ser feitas entre estes indivíduos nas leis, tal igualdade constitucionalmente garantida, não mais poderá significar outra coisa que igualdade perante a lei".

Até, porque, não se pode confundir igualdade de oportunidades com igualdade profissionais. Há um conceito de valor pessoal nesse tema.

Não há como aceitar, neste primeiro aspecto, qualquer restrição à participação igualitária de gênero, que acresce ao Texto Constitucional e à Lei Complementar que disciplina o Estatuto da

¹⁸ Teoria Pura do Direito, p. 190

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Magistratura qualquer critério para promoção de magistrados se não aquele previsto no Texto Constitucional.

Nestas brevíssimas considerações, sob a forma de singela opinião legal, em face da urgência do tempo, cumpre ressaltar que a Resolução do CNJ se encontra eivada de manifesta inconstitucional, podendo ensejar, por se tratar de ato normativo do Conselho Nacional de Justiça, ação direta de inconstitucionalidade.

Daí se concluir que não pode haver critério em promoção de magistrados que não seja baseada no **critério objetivo de antiguidade** ou no **merecimento**, conforme previsto no texto constitucional e no Estatuto da Magistratura, restando vedado utilizar-se do critério de discriminação de gênero, a não ser que ocorra modificação de Emenda Constitucional ao artigo 93 da CF.

Tanto assim o é que, no tocante à **promoção por merecimento**, a EC 45/2004 adveio ao nosso ordenamento jurídico a fim de promover importante inovação, ao modificar a redação do art. 93, I, “c”, no sentido de que a aferição do merecimento dar-se-á sempre “conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e pelo aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Cumpre destacar que o próprio art. 80, § 1º, II, da LC 35/79 já determinava que a promoção por merecimento seria apurada da seguinte forma:

"Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível. § 1º - Na Justiça dos Estados:

I - apurar-se-ão na entrância a antigüidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do Juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento; havendo empate na antigüidade, terá precedência o Juiz mais antigo na carreira; II - para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça, tendo-se em conta a conduta do Juiz, sua operosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha figurado na lista, tanto para entrância a prover, como para as anteriores, bem como o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento;"

Entretanto, adveio tal modificação constitucional para deixar clara e expressa tal regra no ordenamento jurídico.

Parece legítimo, ainda, considerar, por exemplo, que o critério **merecimento** cumpre guardar, em alguma medida, relação com o atendimento ou com o adequado atendimento aos princípios da Administração Pública, a saber, legalidade (cujo

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

desapego pode implicar a ideia de "desmerecimento"),
impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

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

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

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

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Estaria, assim, o **gênero**, portanto, nitidamente inserido no que **Celso Antonio Bandeira de Mello**¹⁹ denominou por “zona de certeza negativa”, onde será indisputavelmente seguro afirmar que descabe a aplicação do conceito.

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

Nesse sentido, tem sido o entendimento do **Supremo Tribunal Federal**. Confira-se:

“Promoção por antiguidade na magistratura tocantinense. Inobservância dos critérios estabelecidos na Loman. Impossibilidade de reconhecimento de tempo de serviço público no Estado ou de tempo de serviço público. Contrariedade ao art. 93 da Constituição da República. Validade da adoção do critério de idade para desempate: precedente. Confirmação da

¹⁹ **Celso Antonio Bandeira de Mello** bem ensina que: “*possuem em núcleo significativo certo e em halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente se ro que descabe a aplicação do conceito*”.

(Curso de Direito Administrativo, 13^a edição, Ed. Malheiros, p. 388).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

medida cautelar deferida parcialmente a unanimidade. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a constitucionalidade do art. 78, § 1º, III e IV, da LC tocantinense 10/1996." (ADI 4.462, rel. min. Carmen Lúcia, j. 18-8-2016, P, DJE de 14-9-2016)

"Magistratura: promoção por merecimento: satisfação dos pressupostos do art. 93, II, b, CF, por um único juiz de direito: reconhecimento do seu direito a integrar a lista tríplice, só admitida à inclusão dos que não satisfaçam os pressupostos constitucionais para preencher os lugares nela remanescentes (STF, ADI 581): interesse na inclusão em lista tríplice, não obstante a compulsoriedade da escolha do mais votado (STF, AO 70 e ADI 189), dada a ressalva da promoção obrigatória do que nele figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas (CF, art. 93, II, a)." (RE 239.595, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-1999, 1ª T, DJ de 21-5-1999)

Esta Suprema Corte tem admitido o controle concentrado de constitucionalidade de preceitos oriundos da atividade administrativa dos tribunais, desde que presente, de forma inequívoca, o caráter normativo e autônomo do ato impugnado (...). O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao adotar, em seu regimento interno, um critério próprio de especificação do número de membros aptos a concorrerem aos seus cargos de direção, destoou do modelo previsto no art. 102 da legislação nacional vigente, a LC 35/1979 (Loman). O Plenário do STF já fixou entendimento no sentido de que o regramento relativo à escolha dos ocupantes dos cargos diretivos dos tribunais brasileiros, por tratar de tema eminentemente

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

institucional, situa-se como matéria própria de Estatuto da Magistratura, dependendo, portanto, para uma nova regulamentação, da edição de lei complementar federal, nos termos do que dispõe o art. 93 da CF. (ADI 4.108 MC-REF, rel. min. Ellen Gracie, j. 2-2-2009, P, DJE de 6-3-2009)

É inconstitucional a cláusula constante de ato regimental, editado por tribunal de justiça, que estabelece, como elemento de desempate nas promoções por merecimento, o fator de ordem temporal – a antiguidade na entrância –, desestruturando, desse modo, a dualidade de critérios para acesso aos tribunais de segundo grau, consagrada no art. 93 da Lei Fundamental da República. (ADI 189, rel. min. Celso de Mello, j. 9-10-1991, P, DJ de 22-5-1992)

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

Atualmente, por exemplo, no âmbito do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça conta com aproximadamente **40% de mulheres na magistratura**. Ou seja, há, praticamente, já em vias de concretização, um critério de igualdade, considerando,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

ainda que com o passar do tempo, teremos o atingimento da paridade de gênero, até considerando que as mulheres são mais dedicadas e, muitas vezes, mais competentes que os homens.

Um quarto aspecto que deve ser tratado no presente parecer é o fato de não ser desconhecido de ninguém que as cotas sociais são permitidas em nossa sociedade. Entretanto, apesar de socialmente permitido, cumpre destacar que **não interessa à sociedade que o magistrado seja menos competente e atenda ao critério de gênero, pois se trata de serviços da mais alta relevância social.**

O caráter de universalidade das regras de cotas sociais serve para dar igualdade de oportunidades aos seus beneficiários, não tendo o condão de alcançar privilégios ou excluir os incluídos no sistema. É uma regra de igualdade educacional e não de igualdade profissional. Até porque, não são critérios precisos e técnicos para serem aplicados à Administração Pública, que dirá para a magistratura, carreira específica que exige rigorosa tecnicidade para ser exercida.

O atendimento ao critério de igualdade de gênero não pode ser maior que a dignidade que significa o serviço prestado pela sociedade pela magistratura, em âmbito nacional.

O exercício da magistratura, dentre suas diversas funções, pode ser destacado como imprescindível para a solução de litígios,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

tutela dos direitos fundamentais e garantia do Estado Democrático de Direito, imprescindíveis alicerces constitucionais para o exercício da cidadania e da democracia.

O que vale dizer, **os magistrados servem à sociedade**, pois estão à serviço da população local, para a prestação de um poderoso e primordial instrumento social, não se admitindo no ordenamento jurídico que os critérios para sua promoção sejam reduzidos na sua expressão ontológica, sob a justificativa de critérios de igualdade de gênero.

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

Tendo sido a democracia fixada no princípio da igualdade de todos os cidadãos, conduzindo, a partir daí, ao governo de todos²⁰. Assim, a transferência de tais princípios básicos para o Judiciário resulta na necessidade de que os juízes sejam escolhidos dentre o povo e, segundo sua dedicação, antiguidade

²⁰ Como bem ponderava **Aristóteles**, o princípio democrático consiste em que os cargos da cidade-Estado fossem distribuídos não segundo a nobreza e a riqueza, o que era próprio da oligarquia ou da aristocracia, mas, essencialmente, por sorteio dentre os que formavam um povo reconhecidamente soberano. (Política. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985)

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

e conhecimentos jurídicos e, não por critérios aleatórios de raça, gênero, opção sexual, dentre outros.

Isso porque na famosa expressão constitucional de que “todo o poder emana do povo”, não se pode excluir o Poder Judiciário. Também ele é exercido em nome do povo²¹.

Não é por outro motivo, que a escolha de magistrados se dá por meio de concurso público, pois este é o único instrumento capaz de assegurar o amplo acesso de todos, em igualdade de condições ao exercício da magistratura, ofício este digno de todo reconhecimento pela sociedade, pois o Juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primordial condição para exercer sua função dentro do processo.

Assim, não é por outro motivo que a seleção dos juízes para ingresso na carreira e sua promoção deve sempre assegurar sua **independência** e possibilitar aos mais antigos, além dos mais capazes e dedicados que sejam nomeados para os Tribunais, quando da abertura de vagas.

²¹ Nesse sentido, **Geraldo Ataliba** ensinava que a vinculação do Judiciário à vontade do povo expressa na Constituição e nas leis vincula e envolve toda a magistratura na concretização do princípio republicano. Para o renomado jurista, consagrou-se, na maioria dos Estados Democráticos modernos a arraigada convicção de que só tem cabimento a aplicação do princípio da representatividade aos órgãos executivos e legislativos. Assim, somente os exercentes de funções são mandatários do povo, eleitos de alguma forma. E mais adiante: a vontade do Judiciário será sempre a tradução da vontade da lei e se a lei emana dos órgãos da representação popular, a circunstância de não serem os juízes — e nem haver necessidade disso — mandatários do povo, ao contrário de desservir às exigências do princípio republicano, serve-lhe excelentemente, tal função.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Justamente, por isso, que **a imparcialidade do Juiz nada mais é que um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente**. É uma garantia de Justiça para as partes. Por esta razão, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial.

O Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

E, nesse sentido, a garantia de imparcialidade do Juiz, por sua importância, foi reconhecida pela **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, contida na proclamação feita pela Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris em 1948, ao estabelecer que:

“toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com Justiça por um tribunal independente e **imparcial**, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.” (art. 10º)

Por esta razão, as Constituições que adotaram o Estado Democrático de Direito, dão ênfase ao **princípio da imparcialidade** do Juiz, para que os direitos dos cidadãos sejam preservados.

Assim, independentemente do reconhecimento de cada Estado,

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

o direito internacional público coloca sob sua garantia, os direitos fundamentais do cidadão, inerentes à personalidade humana, entre eles, **o direito ao Juiz imparcial**.

Essa é a razão, portanto, da **vedação de outros critérios para promoção de juízes que não seja antiguidade ou merecimento**, pois tais proibições expressam, exatamente, as garantias do **princípio da imparcialidade** do Juiz. Nada pode abalar tal garantia constitucional, pois se trata de um direito de proteção à sociedade, visando assegurar o cumprimento da justiça nos moldes mais igualitários possíveis.

Tampouco, poderia se admitir a ocorrência de um concurso para juízes, baseados em barreiras aplicáveis aos candidatos por conta de seu sexo. A norma constitucional sempre delega ao administrador público um critério de discricionariedade mas que não pode ser incompatível com os princípios constitucionais e da legalidade, sem qualquer razoabilidade para tanto.

Nesse sentido, recentemente, o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, nos autos da ADI 7486, referendou liminar que determinou que eventuais nomeações para o cargo de soldado do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Piauí se deem sem as restrições de gênero previstas no edital do concurso público.

Em outra ação sobre o mesmo tema, ADI 7488, foi confirmada a homologação de acordo que autorizou a continuação de

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

concursos para a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Mato Grosso, também sem restrições de gênero.

Destaca-se, ainda, trecho do acórdão prolatado na ADI 7486, de relatoria do Min. Dias Toffoli. Confira-se:

“O tratamento desigual só se justifica quando o critério de distinção eleito é legítimo, à luz dos preceitos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos pelos países, e quando tem por finalidade emancipar indivíduos em desvantagem, o que não ocorre no caso da norma impugnada, a qual desconsidera o difícil processo histórico de inserção das mulheres no mercado de trabalho.

4. Embora a Constituição Federal preveja que os cargos públicos são acessíveis “na forma da lei”, **não pode o legislador erigir condição de admissão que viola direitos fundamentais e aprofunda a desigualdade substancial entre indivíduos. O concurso público, acessível a todos que preencham os legítimos requisitos legais, é o meio mediante o qual a Administração, de modo imenso e isonômico, seleciona os melhores candidatos para servir à sociedade, realizando, além dos princípios citados, o postulado da eficiência no serviço público, a qual somente pode ser alcançada dentro de uma compreensão pluralista, em que sejam contemplados os mais diversos segmentos e categorias que compõem o tecido social.**

6. Por fim, é certo que a norma delega ao administrador um espaço de discricionariedade

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

incompatível com o princípio da reserva legal que rege o concurso público, permitindo que ele estabeleça uma espécie de cláusula de barreira aplicável aos candidatos do sexo feminino sem qualquer razoabilidade.

7. Realização de acordo judicial entre as partes interessadas para permitir o prosseguimento dos certames que se regularam pela norma ora impugnada sem a limitação da participação feminina prevista nos editais de convocação.

8. Medida cautelar parcialmente referendada para manter suspensa a eficácia do art. 37-A, § 1º, da Lei nº 6.626, de 3/2/04, inserido pela Lei nº 8.342, de 14/1/16, até que sobrevenha o julgamento de mérito. (ADI 7.486 MC-Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11/12/2023)

Por fim, cumpre ressaltar que nem poderiam tais princípios se subordinarem a critérios impositivos de autoridades do Executivo, principalmente, para efeitos de afastá-los, estabelecendo-a requisitos próprios e pessoais.

Por esta linha de raciocínio, um último aspecto se faz importante destacar ao presente parecer: a invocação ao **princípio da proporcionalidade para a interpretação dos dispositivos em questão se impõe justamente por se tratar da regulamentação de direito fundamental**. Esse é critério não só válido, como decorrente do próprio Texto Constitucional (art. 5º, LIV da CF) e, amplamente adotado pelas Cortes Constitucionais, caminho este também trilhado pelo Supremo

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

Tribunal Federal²², na interpretação de direitos fundamentais. Eis a extensão que a doutrina impregna a esse critério constitucional de solução de conflito entre direitos fundamentais²³:

“O princípio da proporcionalidade, entendido como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro (s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três ‘princípios parciais’ (...): ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ ou ‘máxima do sopesamento’ (...), ‘princípio da adequação’ e ‘princípio da exigibilidade’ ou ‘máxima do meio mais suave’. (...). O ‘princípio da proporcionalidade em sentido estrito’ determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja **juridicamente** a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ‘conteúdo essencial’ (...) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam as desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio

²² AI 595395/SP, Rel. E. Min. Celso de Mello, DJ 03.08.2007; ADPF 130; Rcl 18.186;

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Noção Essencial do Princípio da Proporcionalidade” In. MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, EDUARDO (coord.). “O Processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Págs. 616/7.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, 'adequado'. Além disso, esse meio deve ser mostrar 'exigível', o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitucional alemão: 'O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental'".

Tanto uma teoria, quanto a outra, parecem ser imprestantes para o delineamento do campo deixado ao legislador ordinário na regulamentação de direitos fundamentais. A teoria absoluta não revela os elementos necessários a identificar em abstrato qual é o mínimo essencial. Já, a teoria relativa, confere uma flexibilidade exagerada aos direitos fundamentais sujeitos à reserva legal, o que pode acabar por descharacterizá-los como princípios centrais do sistema constitucional.²⁴

Propõe, assim, **HESSE**²⁵, a adoção do princípio da proporcionalidade para identificação dos limites da legislação regulamentadora de direitos fundamentais, como sendo o

²⁴ MENDES, Gilmar. Op. Cit. p. 245.

²⁵ Apud, MENDES, GILMAR. In. Op.Cit. p. 245.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

instrumento adequado a vedar limitações arbitrárias ou desarrazoadas, garantindo-se a preservação do núcleo essencial.

O princípio da proporcionalidade tem origem no direito constitucional alemão, que atribui a esse princípio a qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito²⁶.

Muito embora a doutrina use, indistintamente, os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” **WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO**²⁷ frisa que esses dois princípios são totalmente diversos.

O **princípio da razoabilidade** é originário do direito inglês e foi fortemente desenvolvido pelo direito constitucional norte-americano. Esse princípio tem **função negativa**, de revelar a violação da consciência jurídica social, ou seja, a realização de uma injustiça. Já, o **princípio da proporcionalidade** tem

²⁶Nesse sentido Irene Patrícia Nohara bemclarece que: “No Estado Democrático de Direito, que tende a proteger os interesses de variados grupos sociais, fica mais claro que o anseio pela realização completa de determinados direitos esbarra no núcleo essencial de outros direitos. A problemática da colisão de direitos fundamentais relaciona-se com essa situação de colisão de princípios (Grundrechtskolision), e o juízo de razoabilidade ou de proporção surgem como parâmetros importantes para a atuação estatal. A incorporação desses parâmetros conduz à percepção de que a esfera de liberdade de atuação estatal deve levar em conta a compatibilidade entre as opções políticas e os princípios constitucionais. A obediência aos valores é imprescindível, pois estes são tidos como embasadores de princípios que, como normas, fazem parte do ordenamento jurídico. O Direito deve ser sempre visto da perspectiva de meio a serviço da humanidade para finalidades específicas.” (Limites à razoabilidade nos autos administrativos, São Paulo, Atlas, p. 112)

²⁷ Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. p. 25 e 26.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

função positiva, de demarcar os limites da legitimidade jurídica e de indicar os caminhos para que esses limites sejam respeitados, ainda quando não pareça ser razoável.

O princípio da proporcionalidade encerra os juízos de necessidade, adequação e proibição de excesso (proporcionalidade em sentido estrito), é critério de validação dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

Por **adequação**, entende-se que a medida a ser adotada pelo Poder Público deve mostrar-se **apta a atingir os fins pretendidos**. Assim, é necessária uma relação de pertinência entre a restrição ao direito fundamental e a teleologia constitucional. Já a **necessidade**, também denominada pela doutrina de exigibilidade, impõe a verificação da inexistência de outro meio menos gravoso para que seja atingida a finalidade almejada. Por fim, a **proporcionalidade**, em sentido estrito, consiste na **ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido**, para constatar se é justificável ou não a invasão na esfera de direitos do cidadão prestigiada pelo texto constitucional.

Pretender, assim, que uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça pretenda legislar sobre critérios de promoção perante o Tribunal quando existe previsão expressa no Texto Constitucional e legislação específica, em vigor, no caso, a LC

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja
Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

35/79, nesse sentido é medida inadequada, desnecessária e excessiva, que encontra óbice, também no art. 5º LIV da CF.

Adotar interpretação contrária parece conflitar não só com o princípio da legalidade – pois nem a lei nem os atos regulamentadores (Resoluções do Conselho Nacional de Justiça) autorizam essa conclusão – bem como o da proporcionalidade, nas suas acepções de adequação (necessidade), proporcionalidade em sentido estrito e proibição de excesso (exigibilidade).

Portanto, o único meio de se vincular o critério de igualdade de gênero seria por meio do Congresso Nacional, seja por meio de Emenda Constitucional ou até mesmo por modificação no Estatuto da Magistratura que habilite tal finalidade.

Por fim, cabe lembrar as ponderações de Aristóteles²⁸ ao lecionar que mais importante que a criação da lei é se ter um Poder Legislativo competente, composto de legisladores com saber jurídico competente e conscientização de seu papel social de conscientização da sociedade por meio do exercício do poder político que lhe compete.

Com base nas considerações tecidas acima, passo a responder, objetivamente, os quesitos formulados pelos **CONSULENTES**.

²⁸ARISTOTELES. Ética a Nicômaco. 2ª ed, São Paulo: Forense, 2017.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional

RESPOSTAS:

1. Considerando o Estatuto da Magistratura contemplado na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Magistratura, desbordou ou não o Conselho Nacional de Justiça de suas atribuições constitucionais ao expedir a aludida Resolução n. 525/2023?

R: Sim. A Resolução 525/2023 desborda completamente os limites de competência do CNJ ao criar novos critérios além daqueles previstos no Estatuto da Magistratura e no art. 93 da CF.

2. À luz da Constituição Federal de 1988, da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, e dos tradicionais parâmetros historicamente empregados pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, pode o gênero ter-se com critério juridicamente válido para a aferição do merecimento para fins de acesso aos tribunais?

R: Não. O critério de gênero não é um conceito objetivo, apto a se enquadrar como um critério de igualdade e de validade para ser aplicado na promoção de magistrados e, até mesmo, como regra para realização de concursos públicos.

É o parecer.

S.M.J.

São Paulo, 19 de março de 2024
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS