

Opinião: Quinto constitucional: diversidade e igualdade na OAB

A igualdade de gênero e de raça não está presente nos quadros do Poder Judiciário, a despeito de mulheres corresponderem a 51,8% da população brasileira e pessoas pretas e pardas, a 56,2%, segundo o IBGE. É o que demonstram recentes publicações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como a pesquisa *Negros e Negras no Poder Judiciário* (2021), o relatório *Igualdade Racial no Judiciário* (2020), o *Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário* (2019) e o *Perfil dos Magistrados* (2018).



O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, conta

atualmente com 357 Desembargadores em atividade, sendo 323 homens (três deles negros) e 34 mulheres (nenhuma negra).

A presença de mulheres (9,5%) e de negros (0,8%) na segunda instância do Poder Judiciário paulista é significativamente menor do que em outros tribunais do País. Em média, de acordo com o CNJ, mulheres representam 23% dos Desembargadores[1] e negros, 8,8%[2].

Nesse contexto, qual papel a ordem jurídica assinala à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)?

O art. 44, I, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 1994), prescreve que a OAB deve “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. Essa elevada missão institucional implica a defesa de uma “Constituição Cidadã”[3] que define o Brasil como Estado Democrático de Direito e assenta a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre os seus fundamentos (art. 1º, II e III); estabelece como objetivos fundamentais, a par de outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); e repudia a desigualdade (arts. 3º, III, 5º, *caput* e I, 7º, XX, XXX e XXXIV, 14, *caput*, 39, § 3º, 43, *caput*, 150, II, 165, § 7º, 170, VII, 196, 206, I, 212-A, V, *c*, 226, § 5º), o racismo (arts. 4º, VIII, e 5º, XLII) e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

O dever de proteção dos direitos e garantias de igualdade e diversidade pela OAB estende-se especialmente, conforme dicção do art. 5º, §§ 2º e 3º, do Texto Constitucional, àqueles previstos em atos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial condena a discriminação racial e obriga o País a adotar, por todos os meios apropriados, e sem tardar, “uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças”. Dentre as medidas a serem intentadas, consta, no artigo II, parágrafo 2: “Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

Outrossim, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe: “Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a (...) ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais” (artigo 7º, alínea b).

Ratificada em maio de 2021, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância preceitua: “Os Estados Partes comprometem-se a garantir que seus sistemas políticos e jurídicos reflitam adequadamente a diversidade de suas sociedades, a fim de atender às necessidades legítimas de todos os setores da população, de acordo com o alcance desta Convenção” (artigo 9).

Trata-se de medidas preordenadas a consolidar um Estado socialmente empenhado em alterar o *status quo*, em reduzir de fato as desigualdades de raça e de gênero. Afinal de contas, assevera Daniel Sarmiento^[4], “o Brasil tem níveis de desigualdade social absurdos e inaceitáveis. Entre nós – continua –, a desigualdade tem também forte componente racial, resultado não só de quase quatro séculos de escravidão negra e do genocídio indígena, como também da persistência do racismo nas nossas relações sociais. E a desigualdade ainda atinge gravemente a outros grupos, diante da existência de discriminação social fundada em critérios como gênero, deficiência, orientação sexual e religião. (...) Evidentemente, o regime republicano vê-se comprometido diante de tamanha desigualdade. Em uma república – conclui o autor –, as relações travadas em sociedade devem ser horizontais, entre pessoas que se reconheçam e se tratem como iguais”.

Os preceitos e diplomas citados, ao lado de outros infraconstitucionais correlatos – o Estatuto da Igualdade Racial em particular –, devem presidir a ação institucional da OAB nos campos da promoção e salvaguarda da diversidade e igualdade e, sobretudo, da efetivação da integração e participação de mulheres e pessoas negras em espaços de poder, em especial nos tribunais do Poder Judiciário. A sua função social nessa matéria sobreleva em importância e evidencia-se notadamente pela letra do *caput* do art. 94 da Constituição da República: “Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes”[\[5\]](#).

Decerto, a inclusão feminina e negra em listas sêxtuplas ao Quinto Constitucional, além de ser medida adequada a fomentar a igualdade de oportunidades entre advogadas e advogados experientes, de notório saber jurídico e de reputação ilibada sob os prismas de gênero e de raça, propende a contribuir socialmente, a partir das vivências, olhares, perspectivas e reflexões que mulheres e pessoas pretas e pardas podem emprestar à hermenêutica e aplicação jurídicas, para uma jurisdição mais oxigenada, equânime, plural e empática, essencial a um Estado que se quer efetivamente “Democrático” e “de Direito”.

A sociedade livre, justa e solidária que a ordem constitucional almeja materializar há de resultar da sinergia de todas as pessoas, independentemente da sua raça, da sua cor ou do seu sexo. Quanto mais diversificados forem os pontos de vista de magistradas e magistrados, mais legítimas e confiáveis afiguram-se, aos olhos da sociedade, as suas decisões. Em um Estado Democrático, o poder de julgar não deve ser atributo de um extrato social hegemônico. O “acolhimento de perspectivas pelo Poder Judiciário – afirma Marina França Santos[\[6\]](#) – é desejável por permitir que o órgão não se identifique com uma parcela exclusiva da sociedade, aprofundando-se, desse modo, efetivamente, o postulado da imparcialidade”.

Colegialidade e diversidade são conceitos que hão de correlacionar-se em proveito de uma composição judiciária mais democrática, aberta e plural. Ao ampliar a variedade de aspectos e panoramas em debate, a diversidade de raça e de gênero em órgãos colegiados tem o condão de refinar e aprimorar o processo deliberativo, com vistas a alcançar veredictos judiciais socialmente mais justos e equânimes. Só assim o sistema jurídico brasileiro refletirá adequadamente a pluralidade social, como preconiza o transcrito artigo 9 da recém-ratificada Convenção Interamericana contra o Racismo.

Refletir é reproduzir a imagem, espelhar. O sistema jurídico deve ser o retrato da sociedade brasileira.

José Afonso da Silva[7] anota que a ideia subjacente à regra do Quinto Constitucional “é a de temperar a composição dos tribunais com operadores do Direito de fora da carreira, na suposição (razoável) de que um elemento que venha dos entrecosques do contraditório jurídico pode contribuir para inovações que não seriam fáceis de ocorrer só com elementos de formação interna da carreira”.

A razão exposta pelo celebrado constitucionalista robustece-se ainda mais se se considerar que a temperança, potencial fruto desse amálgama, é uma das virtudes mais sublimes à magistratura, constituindo a integração de mulheres e pessoas negras aos seus quadros um valioso contributo, ao tornar plena a jurisdição, que, interpretando e aplicando o Direito por várias – e válidas – ópticas, como um caleidoscópio, promoverá justiça por plúrimas dimensões e possibilidades e a partir de variadas percepções e experiências de vida, e as vislumbradas por mulheres e pessoas pretas e pardas *importam*, por *refletirem adequadamente* – enfatize-se a expressão! – a diversidade da sociedade brasileira, negra e feminina em sua maioria.

“Um Judiciário democrático – sustenta Fabiana Cristina Severi[8] – envolve não apenas a diversidade no acesso à justiça, mas também que ele tenha uma composição que seja reflexo, o mais possível, da sociedade, em termos de diversidade de gênero, sexualidade, étnico-racial e de classe social”. Mariana Rezende Ferreira Yoshida e Thaisa Maira Rodrigues Held[9] compartilham do entendimento: “(...) cabe ao Poder Judiciário tutelar direitos previstos nas normas com força coercitiva, inclusive contra o próprio Estado e, na perspectiva democrática, embora a magistratura não seja um cargo eletivo, é imprescindível que seu corpo espelhe, dentro do possível, a pluralidade e diversidade da sociedade que julga”; em outros termos – seguem –, “o poder de dizer e interpretar o direito com força de autoridade precisa ser veiculado por magistrados que se identifiquem minimamente com o mosaico de gênero, raça e etnia que é a sociedade brasileira”. Raíza Feitosa Gomes[10] não discorda: “A ausência de juízas e juizes negros ao longo de toda a história da magistratura no Brasil revela a inexistência de uma sociedade democrática de fato, pois naquela não está refletida a pluralidade do povo brasileiro. Um Judiciário que não abarca em sua composição a diversidade racial e de gênero existente no país distancia-se de muitos daqueles que serão destinatários das suas decisões”.

Portanto, o mesmo propósito que animou o Conselho Federal da OAB a adotar, por meio do Provimento nº 202 e da Resolução nº 5, de 2020, cotas de gênero e de raça em suas eleições (no percentual de 50% para candidaturas de cada gênero e, ao mínimo, de 30% de advogados negros e de advogadas negras) deve orientar o aperfeiçoamento do processo de formação de listas sêxtuplas do Quinto Constitucional.

Propõe-se, assim, a fixação de 50% para candidaturas de cada gênero, e, em cada uma destas cotas, de, no mínimo, 1/3 para pessoas negras, visando a conferir maior diversidade aos quadros da magistratura e empreender efetivo combate à discriminação, ao preconceito e a outras expressões de desigualdade de raça e de gênero, em particular a institucional, que oblitera o acesso de mulheres e de negros a cargos públicos proeminentes. Inegavelmente, medida desse jaez concorre para democratizar os tribunais e dinamizar o sistema de justiça.

Imbuídos da mesma índole e dos mesmos valores democrático-republicanos, caberá aos tribunais, no exercício de sua autonomia orgânico-funcional (art. 96, I, *a*, da Constituição da República), formar as listas tríplexes para envio ao Executivo[11], e ao chefe deste Poder, nos atos de nomeação, garantir que o sistema jurídico reflita adequadamente a diversidade da sociedade.

Um exemplo recente ilustra a relevância e corrobora a pertinência da proposição. A OAB, Seção de São Paulo, instaurou processos destinados à elaboração de listas sêxtuplas para preenchimento de 2 cargos vagos de desembargador do Tribunal de Justiça, afetos ao Quinto Constitucional[12]. 15 mulheres (nenhuma negra) e 61 homens (2 deles negros) participaram dos certames.

Concluídas as arguições e ultimados os escrutínios para a extração dos nomes a integrar as listas[13], nenhum negro foi escolhido e somente 2 candidatas foram selecionadas (1 em cada lista sêxtupla). O aprimoramento do Provimento nº 102, de 2004, do Conselho Federal da OAB, que dispõe sobre a indicação, em lista sêxtupla, de advogados que devam integrar os tribunais judiciários e administrativos, é, pois, de rigor, dado o seu flagrante descompasso com as demandas sociais da atualidade.

Combater a discriminação e o preconceito de raça e de gênero, assegurar a diversidade e a igualdade, propiciar a apresentação de maior número de candidaturas femininas e negras, enriquecer a seleção de candidato(a)s, tornando-a mais plural, estimular o acesso e a integração de mulheres e negros no segundo grau de jurisdição e aumentar o número de pessoas hoje sub-representadas e invisibilizadas nos tribunais devem constituir imperativos para a OAB, na esteira, aliás, de atos de seu próprio Conselho Federal[14], e também de outros órgãos públicos, como o Supremo Tribunal Federal[15], o Conselho Nacional de Justiça[16], o Tribunal Superior Eleitoral[17] e, mais recentemente, o Congresso Nacional[18], que enfeixaram e densificaram relevantes ações, promotoras de equidade sociopolítica e inspiradoras de necessários e prementes avanços democráticos e republicanos nos sistemas político e jurídico.

Ainda que com evidente atraso civilizatório, espera-se que o sistema judiciário nacional, impulsionado pela OAB, retrate a sociedade brasileira e corresponda aos seus legítimos anseios por inclusão, diversidade, igualdade e justiça social.

[1] *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros*, p. 8, disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>

. Acesso em 20 dez 2021.

[2] *Negros e negras no Poder Judiciário*, p. 64, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em 20 dez 2021.

[3] Expressão de autoria de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em discurso por ocasião da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988.

[4] *República, inclusão e constitucionalismo: escritos constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15.

[5] Também se remetem a esse dispositivo os arts. 111-A, I, e 115, I, que respectivamente tratam da composição do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho.

[6] *Imparcialidade e diversidade de gênero nos tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 198.

[7] *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 513.

[8] O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres, *in Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, nº 13, 2016, p. 106, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/16716/15882>. Acesso em 20 dez 2021.

[9] Paridade de gênero na magistratura: um imperativo da democracia, *in Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, jul./dez. 2019, p. 86, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/77/26>. Acesso em 20 dez 2021.

[10] *Cadê a juíza: travessias de magistradas negras no Judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 154.

[11] Prescreve o parágrafo único do art. 94 da Constituição da República: “Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes,

escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

[12] Vagas decorrentes da aposentadoria do Desembargador Nestor Duarte (2020) e do falecimento do Desembargador Antonio Carlos Malheiros (2021).

[13] As arguições e as votações foram realizadas em sessão unificada e simultânea em 13 de setembro de 2021, contrariando o disposto no art. 8º do Provimento nº 102, de 2004, do Conselho Federal da OAB, que trata do processo de escrutínio *para cada vaga* e não para duas ou mais concomitantemente. O § 7º do referido dispositivo é claro ao dispor *no singular* os termos “lista” e “votação” e em 6 (seis) o número de candidatos: “Serão incluídos na lista os 06 (seis) candidatos que obtiverem metade mais um dos votos dos presentes, repetindo-se a votação por até 04 (quatro) vezes caso um ou mais candidatos não obtenham a votação mínima”.

[14] A título de exemplo, prescreve o art. 131, § 1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, com a redação dada pela Resolução nº 5, de 2020, do Conselho Federal da OAB:

“Art. 131. São admitidas a registro apenas chapas completas, que deverão atender ao percentual de 50% para candidaturas de cada gênero e, ao mínimo, de 30% (trinta por cento) de advogados negros e de advogadas negras, assim considerados os(as) inscritos(as) na Ordem dos Advogados do Brasil que se classificam (autodeclaração) como negros(as), ou seja, pretos(as) ou pardos(as), ou definição análoga (critérios subsidiários de heteroidentificação), entre titulares e entre suplentes, com indicação dos(as) candidatos(as) aos cargos de diretoria do Conselho Federal, do Conselho Seccional, da Caixa de Assistência dos(as) Advogados(as) e das Subseções, dos(as) conselheiros(as) federais, dos(as) conselheiros(as) seccionais e dos(as) conselheiros(as) subseccionais, sendo vedadas candidaturas isoladas ou que integrem mais de uma chapa.

§ 1º O percentual previsto no *caput* deste artigo aplicar-se-à quanto às Diretorias do Conselho Federal, dos Conselhos Seccionais, das Subseções e das Caixas de Assistência e deverá incidir sobre os cargos de titulares e suplentes, se houver, salvo se o número for ímpar, quando se aplicará o percentual mais próximo a 50% na composição de cada gênero, e o percentual de 30% na composição de cotas raciais para advogados negros e advogadas negras”.

[15] ADFP 186 (cotas para negros no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior) e ADC 41 (reserva de vagas para negros em concursos públicos), disponíveis, respectivamente, em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693> e <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em 20 dez 2021.

[16] Resolução nº 203, de 23 de junho de 2015, que dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito do Poder Judiciário, de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de ingresso na magistratura, disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_203_23062015_12112015184402.pdf

. Acesso em 20 dez 2021.

[17] Consulta nº 0600306-47.2019.6.00.0000 (reserva de candidaturas, tempo de antena e recursos para candidatas e candidatos negros), disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1223428>. Acesso em 20 dez 2021.

[18] Cf. Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, cujo art. 2º prescreve:

“Art. 2º Para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro.

Parágrafo único. A contagem em dobro de votos a que se refere o caput somente se aplica uma única vez”.

Date Created

21/12/2021