

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
Faculdade de Direito – FD
Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD

Thaís Coelho Mariano

**Precedentes judiciais e perspectiva de gênero: análise das decisões do Supremo Tribunal
Federal e a importância de uma corte deliberativa**

Brasília

2023

Thaís Coelho Mariano

Precedentes judiciais e perspectiva de gênero: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e a importância de uma corte deliberativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição. Linha de pesquisa: Constituição e Democracia. Sublinha: Direito e Instituições.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Debora Bonat

Brasília

2023

Thaís Coelho Mariano

Precedentes judiciais e perspectiva de gênero: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e a importância de uma corte deliberativa

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia.

Sublinha: Direito e Instituições.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Debora Bonat

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Debora Bonat

Faculdade de Direito – Universidade de Brasília

Presidente

Prof.^a Dr.^a Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Prof.^a Dr.^a Fernanda Gomes e Souza Borges

AGRADECIMENTOS

Ao meu filho Vinícius que chegou durante o mestrado, me mostrando um amor que eu não sabia que existia e uma força que eu não sabia que tinha.

Ao meu marido Otávio pelo apoio incondicional e em todos momentos dessa trajetória, por ser meu parceiro de vida e por estar sempre do meu lado, sem me deixar desistir e me fortalecendo, sem seu amor eu não estaria aqui.

À minha mãe Maria Madalena, ao meu pai José e à minha madrinha Dulcineia por acompanharem minha jornada e segurarem minhas mãos desde meus primeiros passos, por me permitirem sonhar e me darem asas para voar.

Aos meus avós (*in memoriam*), talvez meus maiores admiradores, que tanto se orgulhavam de mim e de minhas conquistas, aplaudindo de pé todas elas.

À minha querida orientadora professora Debora pelos ensinamentos e tanto conhecimento compartilhado.

Às minhas amigas e amigos pelas palavras de apoio, carinho e companheirismo de sempre.

**“Não sou livre enquanto outra mulher
for prisioneira, mesmo que as correntes
dela sejam diferentes das minhas.”
(Audre Lorde)**

RESUMO

Esta pesquisa, que integra a Linha de pesquisa Constituição e Democracia e a Sublinha Direito e Instituições, tem como objetivo central analisar quatro precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que abordam assuntos pertinentes à temática de gênero, de modo a verificar empiricamente se esta Corte adota uma perspectiva feminista em suas deliberações e julgamentos, bem como se é possível a identificação, nesses acórdãos, das razões de decidir que constituam, de forma clara e explícita, o posicionamento institucional e vinculem, assim, casos análogos futuros, como um sistema de precedentes exige. Utiliza-se, para tanto, do método de pesquisa de análise de conteúdo e análises bibliográficas. Assim, argumenta-se sobre a relevância de uma análise do comportamento decisório do STF e seu processo deliberativo, que representa uma mera leitura de votos individuais, sem debates, trocas e coesão argumentativa, o que, além de prejudicar o acesso à justiça, afeta a própria legitimidade democrática de suas decisões e demonstra a fragilidade e fragmentação do órgão colegiado. A partir dos julgados analisados e dos votos dados por cada um dos membros da Corte Suprema, verifica-se como as relações desiguais de gênero operam nos julgamentos, muitas vezes não compreendidas como questões centrais, quando deveriam ser, além de ainda se identificar determinadas visões estereotipadas e uma despreocupação na adoção da perspectiva emancipadora nas relações de gênero.

Palavras-chave: Precedentes; Colegialidade; Deliberação; Gênero; Feminismo.

ABSTRACT

This research, which is part of the Constitution and Democracy Research Line and the Law and Institution subline, has at its central objective analyze four precedents of the Federal Supreme Court that address issues pertaining to gender issues, in order to empirically verify whether this Court adopts a feminist perspective in its deliberations and judgments, as well as whether it is possible to identify the reasons for deciding that clearly and explicitly constitute the institutional positioning and thus bind future analogous cases, as a system of precedents requires. To this end, use the research method of content analysis and bibliographic analysis. Thus, we will argue about the relevance of an analysis of the decision-making behavior of the Supreme Court and its deliberative process, which represents a mere reading of individual votes, without debates, exchanges and argumentative cohesion, which, in addition to represent barriers access to justice, affects the democratic legitimacy of its decisions, as well as demonstrating the fragility and fragmentation of the collegiate body. Based on the judgments analyzed and the votes given by each of the members of the Supreme Court, we can see how unequal gender relations operate in the judgments, often not understood as central issues, when they should be, as well as still stereotyped views and a lack of concern about adopting an emancipatory perspective on gender relations.

Key words: Precedents; Collegiality; Deliberation; Gender.

LISTA DE SIGLAS

Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS)
Ato das disposições constitucionais transitórias (ADCT)
Ato Institucional (AI)
Código de Processo Civil (CPC)
Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW)
Conselho da Justiça Federal (CJF)
Conselho Nacional de Justiça (CNJ)
Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)
Constituição Federal (CF)
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)
Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN)
Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA)
Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS)
Organização dos Estados Americanos (OEA)
Organização das Nações Unidas (ONU)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)
Supremo Tribunal Federal (STF)
Tribunal de Justiça Militar (TJM)
Tribunal Regional Eleitoral (TRE)
Tribunal Regional do Trabalho (TRT)
Tribunal Superior do Trabalho (TST)
União Europeia (UE)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PRECEDENTES, COLEGIALIDADE E MODELOS DELIBERATIVOS	13
1.1 Precedentes e <i>ratio decidendi</i>	13
1.1.1 Tradições jurídicas da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	13
1.1.2 Direito comparado e conceitos fundamentais: precedentes, analogia, súmulas, jurisprudência e teses.....	18
1.1.3 Compreensão da <i>ratio decidendi</i>	24
1.1.4 Justificativas para a adoção de um sistema de precedentes	29
1.1.5 Sistema de precedentes tropicalizado	32
1.2 A compreensão do princípio da colegialidade	34
1.3 Deliberação e Modelos deliberativos nas Cortes de Precedentes	46
2 A PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS.....	58
2.1 Mulheres, feminismos e a interseccionalidade	58
2.2 Perspectiva de gênero no sistema de justiça e o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero proposto pelo Conselho Nacional de Justiça.....	62
2.3 Um olhar sobre a composição dos tribunais superiores sob a perspectiva feminista.....	71
2.4 A importância de uma “feminização” dos tribunais na formação de precedentes judiciais para a superação de desigualdades estruturais e garantia de um acesso democrático à justiça	78
3 ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA PERSPECTIVA DE GÊNERO.....	85
3.1 Introdução	85
3.2 Recurso Extraordinário n. 629.053 – Tema 497	86
3.3 Recurso Extraordinário n. 1.058.333 – Tema 973.....	91
3.4 Recurso Extraordinário n. 778.889 – Tema 782	97
3.5 Recurso Extraordinário n. 658.312 – Tema 528	103
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa integra a Linha de pesquisa Constituição e Democracia e a Sublinha Direito e Instituições e se propõe a efetuar uma análise crítica de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal, verificando, à luz da teoria jurídica feminista o seguinte problema: estes julgados consideram as questões de gênero de forma substancial, possibilitando que atuem como verdadeiros precedentes, maximizadores da igualdade material?

Para tanto, analisa, além do conceito de precedente, o princípio da colegialidade, a performance deliberativa do Supremo Tribunal Federal e se o modelo deliberativo adotado possibilita a defesa de um sistema de precedentes no ordenamento brasileiro. Subsequentemente, investiga os principais aspectos da teoria jurídica crítica feminista de forma a incrementar o arcabouço teórico que será utilizado na crítica subsequente dos julgados. Por fim, realiza a investigação dos precedentes selecionados, de modo a perquirir se o modelo deliberativo adotado cumpre com sua função de fomento ao acesso à justiça e emancipação dos atores sociais subjugados.

A hipótese de trabalho é que o Código de Processo Civil, ao instituir um sistema de precedentes, preocupou-se com a criação de um mecanismo de diminuição de acervo e desafogamento do Poder Judiciário, mas não com a identificação da *ratio decidendi*, que tem papel central na interpretação e aplicação dos precedentes firmados. Embora se reconheça a necessidade de criação de um sistema novo, adaptado à realidade do Brasil, onde a formação do precedente se dá por autoridade legislativa, não se verifica uma adequada performance deliberativa nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, como hipótese complementar, percebe-se que a adoção de um sistema *seriatim* não deliberativo para a edição dos acórdãos do STF não condensa a decisão à opinião, ao menos majoritária, do órgão colegiado, e não permite a extração da *ratio decidendi* de forma mais transparente. No modelo *per curiam* há a construção de uma decisão única pela Corte, sem indicação dos votos divergentes, garantindo-se uma maior impessoalidade e legitimidade institucional. Nesse caso, as deliberações, ao menos supostamente, seriam construídas de forma cooperativa, por meio de um diálogo institucional, aproximando-se do comando legal de uma jurisprudência coesa, estável e, enfim, universalizada.

Como terceira hipótese tem-se a ideia de que em países de passado colonial, como o Brasil e demais países da América Latina, o Poder Judiciário e, em especial, o STF, possui um papel central no reconhecimento e concretização de direitos fundamentais de grupos

oprimidos e subjugados, como é o caso das mulheres. Nesse ponto, deve-se considerar que a própria garantia do acesso à justiça a esse grupo pressupõe uma postura feminista assertiva e melhor desempenho deliberativo do STF, notadamente a partir de seus precedentes judiciais.

O método de pesquisa foi o de análise de conteúdo e, como técnicas de pesquisas, foram utilizadas a bibliográfica e qualitativa por amostragem, com o levantamento de quatro precedentes do STF sobre a temática proposta.

A primeira etapa, composta de uma análise teórica, busca compreender a própria ideia de precedente judicial, a forma como são produzidos, tendo aí relevância o estudo do princípio da colegialidade e dos modelos deliberativos existentes. O tema – precedentes – sempre foi bastante debatido a partir da necessidade de garantir o princípio da igualdade, a previsibilidade e a estabilidade dos pronunciamentos judiciais, em uma crítica constante à ideia de que situações iguais ou semelhantes recebam decisões completamente diversas a depender do órgão julgador. Inclusive, a própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 traz uma preocupação com a harmonização do novo código com a Constituição Federal e, para isso, busca garantir a real efetividade do processo, evitando a fragmentação do sistema que tanto prejudica a realização dos direitos dos jurisdicionados. Assim, o atual código empresta maior relevância ao princípio da segurança jurídica, responsável por proteger e preservar as relações jurídicas e evitar uma jurisprudência dispersa, além de ser corolário da própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, especialmente a partir do Código de Processo Civil de 2015, surgiram alguns questionamentos sobre possível abandono do sistema da *civil law* e aproximação com o sistema da *common law*, já que alguns pronunciamentos judiciais passaram a ser considerados precedentes e, assim, dotados de efeitos vinculantes. Por tal motivo, antes de mais nada, será feita uma análise histórica dos precedentes em ambas tradições jurídicas que são marcadas por características próprias, a partir de contextos históricos peculiares. Essa abordagem comparada, ainda que breve, é de extrema importância para que sejam conhecidas as nuances que antecederam sua formação e como o precedente é visto em cada uma delas. Inclusive, é a partir dessa análise que se verificará que embora a tradição jurídica *common law* seja antiga, a ideia de precedente, quando a ela comparada, é recente, não havendo uma vinculação necessária, especialmente porque é possível o emprego de precedentes também na tradição de *civil law*.

Após, o primeiro capítulo prossegue apresentando alguns conceitos fundamentais – precedentes, súmulas, jurisprudência e teses –, de modo que se compreenda a diferença entre eles. Entretanto, verifica-se que a aplicação prática destes conceitos se revela problemática, na

medida em que esses conceitos são aplicados de forma indistinta, sem maiores problematizações. Outro conceito importante e que merece uma detida análise é a *ratio decidendi*, cuja individualização é imprescindível para a solução da demanda, sendo o produto do precedente, dado seu caráter universal e vinculante. Embora existam diversas teorias e métodos para a identificação da *ratio decidendi*, procurou-se detalhar algumas pela sua relevância, adotando o modelo trazido por Neil MacCormick como premissa teórica do trabalho.

Em seguida, são abordadas as principais justificativas para adoção de um sistema de precedentes, como a segurança jurídica, a igualdade, a previsibilidade e coerência da ordem jurídica, demonstrando-se a importância do tema para a garantia do próprio acesso à justiça. Logo depois é feita uma análise do ordenamento brasileiro que, dada a morosidade do sistema de justiça e aumento exponencial do número de processos judiciais, adotou um sistema mais preocupado em desafogar o sistema do que com a convergência argumentativa, situação esta que recebeu o nome de sistema de precedentes tropicalizado. Passa-se, então, a uma análise do princípio da colegialidade e dos modelos deliberativos existentes nas Cortes de Precedentes. Embora a colegialidade não seja trabalhada de forma específica no código de processo civil, sendo quase sempre analisada apenas sob o viés do duplo grau de jurisdição, tem-se que o estudo do tema é indispensável para uma análise da possibilidade de uma convergência institucional, o que também refletirá diretamente na capacidade deliberativa do tribunal.

O capítulo se encerra com o exame da temática da deliberação nos tribunais, principalmente a partir dos estudos de Conrado Hübner, onde é feita uma análise dos elementos para que um processo decisório seja realmente considerado deliberativo, as razões justificatórias para adoção de tribunais colegiais e, ainda, os momentos do processo decisório realizado por uma corte deliberativa.

Na segunda etapa do trabalho enfrenta-se a questão do gênero nos julgamentos colegiados. É feita uma breve análise histórica das principais ondas do movimento feminista, com a cautela de não considerá-las estanques e superadas. Além disso, faz-se um estudo do tema a partir do paradigma de interseccionalidade de Crenshaw, com reconhecimento das subjetividades que envolvem o gênero feminino, com múltiplas categorias de marginalização a depender da raça, sexualidade, classe social, idade, entre outros.

A partir da compreensão de que a adoção da perspectiva de gênero é necessária para o reconhecimento de uma ausência de neutralidade nos espaços decisórios, busca-se analisar o Protocolo de Julgamento de Perspectiva de Gênero lançado pelo Conselho Nacional de Justiça

que, dentre tantos objetivos, tem como objetivo reformular práticas e políticas que reproduzem a desigualdade de gênero a partir de uma metodologia de julgamento diferenciada e que considera as invisibilidades concretas e perpetuadoras de discriminações de gênero. Em seguida, ainda no segundo capítulo, examina-se a composição dos tribunais superiores sob a perspectiva feminista, de modo a se analisar a composição do judiciário e a participação feminina.

Encerra-se o capítulo com uma abordagem da importância da feminização dos tribunais para o aperfeiçoamento do processo deliberativo e reconhecimento de sua legitimidade, condição essencial também para a formação de precedentes judiciais que ampliem direitos fundamentais e garantam maior acesso à justiça.

A terceira etapa, por sua vez, consiste em uma análise a partir do paradigma da teoria feminista crítica onde serão analisados quatro precedentes judiciais do Supremo Tribunal que versam sobre a temática de gênero. Busca-se examinar os acórdãos a partir da perspectiva de gênero¹ trazida no trabalho, bem como das orientações trazidas pelo CNJ no Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero. Ainda, analisa-se mais do que o resultado do julgamento, mas a possibilidade de identificação da *ratio decidendi* apta a orientar julgamentos futuros, bem como a forma como as questões de gênero são (ou deixam de ser) problematizadas e explicitadas como fundamento das decisões.

O primeiro precedente analisado é o Recurso Extraordinário n. 629.053 – Tema 497 que discute, à luz do artigo 10, II, “b” do ADCT, se o pagamento de indenização a título de estabilidade provisória da gestante pressupõe o conhecimento de forma indene de dúvidas do empregador. Na sequência, analisa-se o Recurso Extraordinário n. 1.058.333 – Tema 973, onde se debateu a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física em concurso público de candidata gestante quando da sua realização, ainda que sem previsão expressa no edital regente do certame. Em seguida, foi explorado o Recurso Extraordinário n. 778.889 – Tema 782 que analisa, à luz dos artigos 7º, XVIII, 39, §3º, e 227, §6º, da Constituição Federal, a validade dos dispositivos que preveem prazos distintos de licença-maternidade para servidoras públicas gestantes e adotantes. O último precedente analisado é o Recurso Extraordinário n. 658.312 – Tema 528 discute, a partir dos artigos 5º, I e 7º, XXX, da Constituição Federal, a recepção do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho que prevê a concessão, exclusivamente para as mulheres, de intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária.

¹ Entendida aqui a partir da consideração de que homens e mulheres possuem uma relação desigual construída socialmente, marcada pelo patriarcado e dominação masculina (Castilho, 2008).

1 PRECEDENTES, COLEGIALIDADE E MODELOS DELIBERATIVOS

1.1 Precedentes e *ratio decidendi*

1.1.1 Tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*

A compreensão dos precedentes no ordenamento jurídico pressupõe uma análise, ainda que breve, das tradições jurídicas da *common law* e *civil law*, de modo a verificar se é possível a inserção do sistema jurídico brasileiro em uma delas, bem como identificar suas aproximações e divergências.

Embora cada país conserve suas tradições, conceitos e instituições, é sabido que parte considerável dos países de língua inglesa, assim como os que estiveram associados à Inglaterra, sofreram influência da *common law*, de maneira que sua análise perpassa o estudo do direito inglês. Não se olvida, porém, que a *common law* não se formou apenas na Inglaterra, mas dada sua proeminência, caráter histórico e tradicional, o direito inglês permanece como um modelo seguido e respeitado (David, 1998).

O primeiro período da história do direito inglês é chamado anglo-saxônico, caracterizado pela prevalência dos costumes comunitários, com respeito às decisões pretéritas, as quais deveriam ser aplicadas aos casos semelhantes (Câmara, 2018).

O direito da época anglo-saxônica é mal conhecido. As leis são redigidas logo após a conversão ao cristianismo, como na Europa continental; a sua originalidade está em que, ao contrário das outras leis bárbaras que são redigidas em latim, estas são redigidas em língua anglo-saxônica. Contudo, tal como as outras leis bárbaras, as leis anglo-saxônicas apenas regulam aspectos muito limitados das relações sociais às quais se estende a nossa concepção atual de direito (David, 1998, p. 284)

A *common law* tem sua formação no segundo período histórico do direito inglês, a partir da conquista normanda em 1066, momento em que o rei Guilherme alcança o poder, até o advento da dinastia Tudor, em 1485. O feudalismo se instala na Inglaterra e dado seu caráter organizado e militarizado, cria-se facilmente um direito comum a todo país (David, 1998).

A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Court Leet,*

Manorial Courts); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro eminentemente local (David, 1998, p. 286).

Apenas depois da conquista teve início a aplicação do direito comum, sendo a criação da *comune ley* obra dos Tribunais Reais de Justiça, chamados de Tribunais de Westminster (David, 1998).

O terceiro período, de 1485 a 1832, representa o surgimento da *equity*, que nasce como um conjunto de regras para completar e corrigir as decisões dadas pelos Tribunais Reais. Surge, aqui, a figura do Chanceler, um oficial da Coroa que atua como um juiz autônomo e, por prerrogativa real, decide com base na equidade do caso particular, através de um processo escrito, secreto, inquisitório e que gera, no caso, maior sensação de justiça e aperfeiçoamento das decisões tomadas.

O Chanceler, a partir de 1529, não é mais o confessor do rei, nem um eclesiástico; é quase sempre um jurista. Examina as queixas que lhe são dirigidas como um verdadeiro juiz, mas seguindo um processo inspirado no direito canônico, inteiramente diferente, nos seus princípios, do processo seguido pelos tribunais de *common law*. Os princípios substantivos de que faz aplicação são igualmente e, em larga medida, provenientes do direito romano e do direito canônico. Estes princípios dão, de uma forma geral, melhor do que as regras arcaizantes e ultrapassadas da *common law*, satisfação ao sentimento do interesse social e da justiça do tempo da Renascença. Pela preocupação de justiça e de boa administração, os soberanos ingleses apóiam, nesta época, a jurisdição do Chanceler (David, 1998, p. 296).

Assim, embora o Tribunal do Chanceler aceite os princípios da *common law* (*equity follows the law*), tem-se que a *equity*, até 1875, guardava diferenças fundamentais com relação à *common law*. Uma delas diz respeito à própria origem histórica, já que as regras de *equity* eram desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria e aplicadas exclusivamente por este, enquanto as da *common law* advinham dos Tribunais de Westminster. Ainda, as soluções advindas do Tribunal de *equity* divergiam das proferidas pelos Tribunais de *common law* já que tinham um caráter discricionário (David, 1998).

Porém, com o passar dos tempos, a morosidade e má organização da jurisdição do Chanceler levou a formação de decisões tão estritas e jurídicas como as da *common law* e, assim, fala-se em fusão dos institutos operada pelos *Judicature Acts* de 1873-1875. A partir daí, todas as jurisdições passam a ter competência para aplicar tanto as regras de *equity* quanto as de *common law* (David, 1998).

Por último, o quarto período, que se inicia em 1832 e perdura até a atualidade, se destaca pela prevalência de ideias democráticas e desenvolvimento da legislação, ainda que sem perder o caráter tradicional ou surgimento de codificações (David, 1998).

Embora sempre tenha existido uma preocupação em assegurar uma estabilidade e coerência da jurisprudência, a ideia de um direito de natureza jurisprudencial, com adesão obrigatória a precedentes, surgiu apenas após a primeira metade do século XIX, como explica René David:

A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial. Contudo, a necessidade de certeza e de segurança não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas pelos seus predecessores, rigorosamente se estabeleceu. Anteriormente a esta época houve a preocupação de assegurar a coesão da jurisprudência e considerou-se, cada vez mais frequentemente, o que tinha sido julgado para encontrar a solução que comportava um litígio, mas nunca se tinha adotado princípio de que fosse rigorosamente obrigatório seguir os precedentes (David, 1998, p. 341).

Assim, apesar de a tradição jurídica ter origem muito mais antiga, a ideia de precedente é, quando a ela comparada, recente, de modo que não se pode vincular o *common law* de forma absoluta e atemporal aos precedentes.

Sobre a autoridade dos precedentes no sistema *common law* inglês, Estefânia Maria de Queiroz Barboza destaca:

Dizer que o direito inglês é predominantemente judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. Destarte, a *legal rule* no direito inglês não se confunde com a regra do direito nos sistemas de *civil law*. O *statutelaw* tem função apenas complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma.

Ainda, dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é de aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente (Dworkin, 2007, p. 21-22 apud Barboza, 2018, p. 1462).

Não se pode deixar de tecer algumas considerações também sobre a *common law* nos Estados Unidos que, inegavelmente, receberam forte influência inglesa, especialmente pela vinculação inicial das colônias ao direito inglês.

O direito no sistema norte-americano, assim como o inglês, é jurisprudencial, na medida em que pressupõe uma interpretação e aplicação prática pelos tribunais das normas

previstas em abstrato. Porém, a própria organização judiciária dos Estados Unidos – jurisdições federais e jurisdições estaduais, cada qual com sua divisão de competências – implica na existência de uma regra do *stare decisis* de forma diferente da que ocorre no direito inglês (David, 1998).

Assim, embora seja possível dizer que o *common law* inglês serviu de modelo para o sistema norte-americano, tem-se importantes diferenças também de estrutura, especialmente porque os Estados Unidos não adotam a ideia de Supremacia do Parlamento, mas sim na força da Constituição, que é o instrumento único a representar a vontade soberana do povo (Barboza, 2018).

De início, cumpre destacar a importância do surgimento do fenômeno constitucional nos Estados Unidos, na medida em que foi o primeiro grande estado fora da Europa a adotar um modelo jurídico-constitucional aos moldes dos estados europeus, mas em bases sociais e políticas completamente distintas. Inicialmente, até por força da continuidade histórica do modelo jurídico que já estava em vigor, os Estados Unidos continuaram a seguir o direito inglês em sua essência (Alencar, 2018). Todavia, à medida que o tempo passou, o direito norte-americano transformou-se ao longo do tempo em algo bastante diferente do modelo constitucional francês e inglês, mesmo que ainda vinculado ao sistema da *common law*, possui profundas diferenças em relação ao modelo inglês que o originou.

O grande ponto de ruptura significativo com o modelo constitucional inglês foi a negação da aplicação do direito costumeiro inglês, reformulando em grande medida a elaboração e interpretação dos precedentes judiciais em virtude do profundo ressentimento decorrente da guerra da independência, o que viria, futuramente, a ser a pedra fundamental do nascente sistema de direito norte-americano (Streck, 2004).

O sistema jurídico dos Estados Unidos, ao contrário do que indica o senso comum mais raso, que imagina um sistema de precedentes judiciais sem leis, não prescinde da lei para ser aplicado, de modo que há uma profusão normativa comparável aos sistemas jurídicos de *civil law*, com leis nos distintos âmbitos federativos, federal, estadual e municipal. Entretanto, a sua característica primordial é que a lei é tão somente fonte indireta do direito, pois o que se aplica de forma direta, para que os juízes solucionem os distintos casos concretos que são colocados para a sua apreciação, são os precedentes. Por este motivo, quando há uma lei sobre determinado assunto, mas não há ainda precedentes sobre a aplicação desta lei, os juristas norte-americanos aduzem que não há norma jurídica aplicável para aquela situação concreta.

No sistema de precedentes norte-americano as decisões judiciais não são proferidas para que venham a servir de precedentes no futuro, ou seja, não são formuladas para servirem

de teses jurídicas. Por este motivo, as circunstâncias particulares do caso concreto influenciam de forma direta na autoridade (força) do precedente, bem como no seu âmbito de aplicação para os próximos casos vindouros que possam ser julgados com base no precedente formado. O precedente é cuidadosamente analisado pelas partes do processo, bem como pelos tribunais, a fim de se verificar se a norma jurídica que dele se deduz é a fundamentação da decisão ou tão somente um argumento de apoio, com força persuasória restrita (Streck, 2004).

Por sua vez, o sistema jurídico da *civil law*, também chamado de romano-germânico, retrata a realidade dos países onde a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, sendo a lei a principal fonte do direito.

Merece destaque o *Corpus Juris Civilis*, obra de cinco capítulos (direito das pessoas, direito de família, sucessões, propriedade e obrigações) do imperador bizantino Justiniano, ainda no século VI, tida como uma codificação dos assuntos jurídicos de forma organizada e sistematizada, com a intenção de evitar conflitos e resolver dúvidas sobre a aplicação do direito. Objetivava construir um direito comum para toda Europa e tinha, como dogma, a ideia de que cabia ao julgador apenas aplicar a lei, sem qualquer interpretação. Entende-se que foi este o início da tradição jurídica *civil law* (Pugliese, 2016).

Outro período que merece destaque para a construção e desenvolvimento da *civil law* foi a Revolução Francesa, onde o judiciário passou a ser orientado pelos valores da igualdade, fraternidade e liberdade e cuja atuação deixou de favorecer apenas a própria classe da nobreza. As leis passaram a ser editadas pelo Parlamento e aos juízes cabiam uma atividade meramente cognitiva, não podendo criar nem interpretar as leis, razão pela qual eram retratados como “a boca da lei” (Pugliese, 2016).

Na atualidade, normalmente há um estatuto como eixo principal, com princípios básicos e gerais para regulamentar as relações entre os indivíduos e a função jurisdicional. Embora seja visto com bastante restrição, na medida em que representaria uma mera interpretação e aplicação mecanicista da lei, esta característica decorre da preocupação com a segurança e certeza do direito, já que as leis, códigos e estatutos devem garantir uma previsibilidade e coerência do sistema. Assim, diferente da doutrina do *stare decisis*, os tribunais não devem, obrigatoriamente, seguir decisões judiciais pretéritas, ainda que de Cortes superiores, na medida em que cada decisão será fundamentada na autoridade do texto legislativo, cujas razões devem ser expressamente declaradas (Barboza, 2018; Dainow, 1967).

Interessante análise, porém, trazida por Marinoni, que discorre sobre o impacto do constitucionalismo no tema, já que caberia ao julgador da *civil law* garantir a aplicação,

primeiramente, da própria Constituição, devendo as normas infraconstitucionais guardarem conformidade com os direitos fundamentais.

Numa primeira visão, alguém poderia negar qualquer ruptura de paradigma, preferindo enxergar mera reafirmação da supremacia da lei, argumentando que a subordinação do Estado à lei teria sido levada à última consequência, consistente na subordinação da própria legislação à Constituição, que seria a “lei maior”. No entanto, esta leitura constitui um reducionismo injustificável do significado da subordinação da lei à Constituição ou uma incompreensão das tensões que conduziram à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como mera “continuação” dos princípios do Estado Legislativo, pois significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição (Marinoni, 2022).

A partir da premissa de que o direito não se situa na lei, mas na Constituição, há uma mudança do paradigma nas concepções de direito e jurisdição, sendo por tal motivo que por tal motivo as jurisdições da Europa Continental passaram a identificar a necessidade de um controle de constitucionalidade da lei, ainda que feito por órgãos não jurisdicionais (Marinoni, 2022).

Nesse contexto, é inegável o impacto do constitucionalismo na *civil law*, cabendo ao julgador ir além de um raciocínio judicial moldado pelos esquemas do positivismo clássico, levando em consideração os direitos fundamentais quando da aplicação da lei, ainda que para isso deixe de decidir a partir de mero raciocínio lógico e examine outras perspectivas como moral, política e econômica (Marinoni, 2023).

1.1.2 Direito comparado e conceitos fundamentais: precedentes, analogia, súmulas, jurisprudência e teses

Ainda, antes de discorrer sobre como o tema é tratado no direito pátrio, é importante uma breve análise de direito comparado, com algumas considerações sobre como os precedentes são compreendidos nos ordenamentos alemão, francês e italiano.

Na Alemanha, o precedente não guarda muita relevância e representa qualquer decisão anterior e relevante a um caso futuro, ainda que não haja algum tipo de vinculatividade formal, com exceção dos advindos do Tribunal Constitucional Federal (Câmara, 2018).

Como ensina Alexandre Freitas Câmara (2018), a menção a precedentes aparece muito frequentemente, mas na maior parte dos casos apenas como referência e sem uma discussão detalhada.

O papel dos precedentes naquele país varia conforme a relevância de outros materiais dotados de autoridade. Se a causa puder ser decidida em conformidade com a lei [*statute*], precedentes não têm nenhum (ou praticamente nenhum) papel relevante. O papel dos precedentes se torna mais importante se não existe lei expressa, ou se esta “exige interpretação”. Como no Direito alemão a maior parte das áreas do Direito é regulada em leis expressas, “precedentes interpretativos” (*interpretative precedents*) exercem um papel mais importante do que os que substituem a lei (*precedents substituting statutory law*) (Câmara, 2018, p. 31-32).

Na França, por sua vez, o termo tem dois sentidos, sendo o primeiro denominado sentido forte, usado para referenciar a decisão de uma corte que será utilizada como argumento de autoridade, mesmo sem ser formalmente vinculante, mas que acaba sendo seguida por razões comuns práticas. O segundo sentido – fraco – que representa uma decisão dada por uma corte e que poderá ser seguido como modelo de modo a garantir o princípio da igualdade. Ao que se percebe o sistema francês “é infenso à eficácia vinculante de precedentes, e isto certamente decorre da concepção francesa de ‘separação de poderes’ (*rectius*, separação de funções), o que leva a considerar que a lei escrita é a única ‘fonte de Direito’” (Câmara, 2018).

No direito italiano, por sua vez, o termo é usado de forma ampla, reportando a uma decisão anterior e relevante para outra decisão futura, especialmente quando se trata do mesmo tema jurídico. Porém, não há vinculatividade decorrente do precedente e também não é considerado fonte do direito, mas apenas argumento persuasivo (Câmara, 2018).

No Direito italiano não existe regulamentação legislativa acerca do uso de precedentes, nem para exigi-lo nem para proibi-lo. Tampouco existe jurisprudência sobre o caráter formalmente vinculante dos precedentes, já que tal força vinculante não é admitida no sistema italiano. Precedentes na Itália têm função persuasiva ou de apoio, e podem influenciar nas decisões de casos subsequentes, mas apenas como base das escolhas feitas, caso a caso, pelos tribunais, sem nenhuma regra que discipline o tema (Câmara, 2018, p. 48).

Situado o tema historicamente, bem como a aproximação entre as tradições mencionadas no tópico anterior, importante trazer uma definição sobre precedentes, uma vez que se percebe que o termo, muitas vezes, é usado de forma retórica, apenas para se referir a decisões dadas por tribunais superiores.

Frederick Schauer (2023) traz importantes considerações sobre o precedente na argumentação jurídica e, em especial, sobre as diferenças entre ele e o raciocínio analógico. Além de compreender os precedentes como regras, afirma categoricamente que o uso do precedente não se confunde com o uso da analogia. Para o autor, enquanto o precedente traz em si um constrangimento ínsito, com uma limitação natural a partir do papel que dele se

espera no ordenamento jurídico, especialmente de forma a salvaguardar valores como estabilidade e consistência, a analogia é estrategicamente usada dada sua utilidade para confirmar uma orientação ou mesmo persuadir o interlocutor.

Uma vez que tenhamos compreendido que a seleção das fontes de decisão está no caso precedente, tipicamente não sendo percebido como uma escolha, é certo, assim, poderemos enxergar a mais dramática diferença entre a analogia e o precedente. Enquanto no caso da analogia aquele que raciocina está procurando por auxílio em alcançar a melhor decisão (ou em persuadir alguém mais sobre a melhor decisão), no caso do precedente o efeito é justamente o oposto. A similaridade inevitável entre a fonte e o caso em mira, quando combinados com um requerimento sistemático de que o caso em mira está ladeado às fontes do caso, isso significa que o julgador que opera sobre a norma do precedente irá, ao menos algumas vezes, se sentir obrigado a alcançar aquilo em que acredita, de maneira simples, ser o resultado equivocado. Enquanto no caso da analogia, por outro lado, o tomador da decisão está procurando pela fonte da decisão (ou evento) de forma a auxiliá-lo a tomar a decisão correta agora, no caso do precedente o tomador de decisão se sente constrangido e compelido a adotar o que considera ser agora a decisão equivocada (Schauer, 2023, p. 70).

Assim, para ele, o argumento do precedente é o mesmo das regras, devendo os tribunais seguir decisões pretéritas, pelo simples fato de terem sido proferidas por um órgão de autoridade, mesmo que haja discordância quanto ao seu conteúdo. São sempre vinculantes e não meramente persuasivos. Ainda, “para que o precedente seja relevante, é necessário que a decisão anterior continue influenciando a decisão atual, mesmo que ela seja julgada incorreta, o que significa que o argumento do precedente funciona, essencialmente, como o argumento da regra” (Maués, 2012, p. 597).

No Brasil, embora não exista um conceito único e unânime de precedente, nem mesmo uma teoria unificada, a compreensão do tema perpassa pela ideia base de que precedente é uma norma jurídica presente em todos os sistemas e com influência na estrutura da argumentação jurídica, já que corresponde à norma geral presente na fundamentação de uma decisão construída para a resolução de um caso concreto, mas que também servirá como modelo para resolver casos futuros semelhantes (Taruffo, 2014).

Para Mitidiero e Marinoni, os precedentes não se confundem com decisões judiciais, sendo razões generalizáveis que podem ser identificadas em uma decisão judicial, com características específicas, como a aptidão de se tornar paradigma para decisões futuras, bem como a existência de uma solução judicial, proferida ao menos por maioria, sobre uma questão de direito (Mitidiero, 2018; Marinoni, 2019).

De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito –

ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* -, e não de matéria de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos (Marinoni, 2019, p. 154).

Na mesma linha, “o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos” (Ataíde Júnior, 2012, p. 69).

Sobre os responsáveis pela produção do precedente, não se desconhece a existência de acadêmicos que entendem que qualquer tribunal poderia ser fonte de precedentes, mas para fins do presente trabalho adota-se a teoria de que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes, embora as Cortes de Justiça tenham o dever de uniformizar a sua jurisprudência. Assim, o precedente se forma a partir do julgamento unânime, ou ao menos por maioria, de um colegiado integrante de uma Corte de vértice, sendo o conceito qualitativo, material e funcional. Qualitativo porque “apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes”, pouco importando a quantidade de casos julgados. Ainda, é preciso estar-se diante de um caso concreto, uma matéria fático-jurídica que será analisada em todos seus aspectos. E, por fim, funcional porque tem relevância o órgão jurisdicional de onde surge (Mitidiero, 2018, p. 99).

Com essa análise, percebe-se que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade não formam precedentes, uma vez que não é possível identificar uma situação fático-jurídica concreta que será analisada, mas apenas uma situação de análise abstrata da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Porém, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, sendo possível analisar as razões determinantes presentes na fundamentação da decisão, poderíamos, nesse caso, falar em precedentes (Mitidiero, 2018).

Não se desconhece, no entanto, posicionamentos em sentido contrário, entendendo que as decisões proferidas no controle de constitucionalidade sempre constituem precedentes, na medida em que seus motivos determinantes ou sua *ratio decidendi* são indispensáveis para a efetiva tutela e proteção da Constituição Federal (Rosito, 2012; Andreassa Júnior, 2015; Mello, 2019).

Importante, ainda, destacar a diferença de precedentes e jurisprudência. Jurisprudência, tal como empregada no nosso ordenamento, é de origem francesa e representa o conjunto de julgamentos reiterados por um mesmo tribunal e em um mesmo sentido. Assim, não se trata de um conjunto de ementas em repertórios dos sítios eletrônicos, mas um corpo de decisões que guardam coerência entre si (Nunes; Viana, 2018).

A jurisprudência, via de regra, guarda relação com uma determinada quantidade de decisões referentes a diversos casos analisados, sem que se consiga identificar a razão determinante para a construção de dado entendimento, enquanto o precedente diz respeito a um caso específico e, a partir de uma tese jurídica paradigmática, busca-se a unidade do direito (Scheleder; Noschang, 2018).

Taruffo traz importantes considerações sobre o tema:

Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – quantitativo. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas (Taruffo, 2014, p. 3-4).

O autor ainda destaca que a qualidade da decisão é outro critério para distinguir a jurisprudência do precedente, na medida em que o precedente traz uma regra universalizável após uma análise dos fatos, enquanto a jurisprudência não traz essa análise comparativa, mas simples enunciados gerais de conteúdo perceptivo (Taruffo, 2014).

Importante também a diferenciação de precedente e súmula, especialmente súmula vinculante o que denota, desde já, não se tratar de sinônimos. Súmula, independentemente do tipo, não é precedente, mas mero enunciado de teses que foram consolidadas no âmbito de determinado tribunal.

Embora a súmula tenha surgido a partir do modelo do *stare decisis*, como mecanismo de reforço da jurisprudência dominante e controle do discurso jurídico, especialmente para facilitar a resolução de demandas repetitivas comuns, tem-se que representa mero enunciado descritivo de dado entendimento sobre normas jurídicas, isto é, surgiu mais como uma técnica para solução de um contingente de processos cada vez maior (Rosito, 2012).

As súmulas vinculantes, por sua vez, incluídas no ordenamento brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45 e regulamentadas pela Lei n. 11.417/2006, são enunciados que possuem caráter vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios².

Portanto, a adoção das súmulas vinculantes decorreu da evolução do Direito Constitucional e também do processo civil brasileiro, de acordo com as modernas tendências de universalização e aceleração da prestação jurisdicional. Além disso, é também fruto inegável da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência em geral.

Nitidamente, as súmulas vinculantes foram adotadas para debelar a morosidade da Justiça brasileira, que é submetida a uma extraordinária repetição de demandas e recursos à espera de julgamento. Esse mal vem comprometendo particularmente de forma grave os tribunais superiores, que ficam submetidos a uma enormidade de recursos repetitivos, principalmente por parte de entes públicos (Rosito, 2012, p. 403).

Abboud (2008) de forma bastante elucidativa discorre sobre as principais diferenças entre súmulas vinculantes e precedentes: o modo de aplicação, o alcance e o âmbito de vinculação. A súmula traz um enunciado literal, mesmo que impreciso, determinando uma solução precisa ao caso, enquanto nos precedentes identifica-se certa maleabilidade normativa quando da sua aplicação. A força das súmulas vinculantes decorre da autoridade que a promulga, independente dos casos que lhe deram origem, não sendo acompanhadas dos fundamentos dos julgados que a originaram, enquanto o precedente só se forma a partir de um intenso contraditório e após fundamentada e cuidadosa análise judicial. Por fim, a vinculação aos precedentes pressupõe uma análise dos fundamentos que lhe deram origem, devendo ser feito um cotejo analítico, enquanto os enunciados de súmulas vinculantes não admitem ponderação ou ajuste jurisprudencial.

Para Marinoni (2019), porém, além de não ser possível identificar os motivos determinantes da decisão, não refletindo a racionalidade da argumentação típica de um precedente, a súmula quando muito resume a tese prevalecente em um determinado julgado e, ao contrário do que buscou na origem, nunca conseguiu contribuir para a unidade do direito.

Outro conceito que merece atenção é o de tese. A votação de teses pelo Supremo Tribunal Federal tem como objetivo precípuo sintetizar a interpretação definida pelo STF e

² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

que deveria ser aplicada a casos futuros. A tese não se confunde com o precedente, mas representa uma síntese, um “ponto de partida que facilite aos juízes e aos jurisdicionados em geral acessar as razões dos julgados” (Mello, 2019, p.456).

Embora Perrone Mello (2019) reconheça que a tese não dispensa a análise dos elementos fáticos do caso concreto, bem como dos elementos trazidos individualmente por cada um dos ministros, o que é indispensável inclusive para uma análise crítica do que restou decidido, bem como não resolve o déficit deliberativo entre os ministros, reconhece que a necessidade de redação de uma tese impõe certo nível de interação entre os julgadores, ainda que bastante limitado.

Assim, tem-se que as teses são apenas textos objetivos e resumidos, trazidos após a proclamação de um julgamento, e que sintetizam o que restou decidido.

1.1.3 Compreensão da *ratio decidendi*

Falar em precedente judicial é, antes de mais nada, falar em *ratio decidendi* ou razões de decidir, entendidas como pressuposto indispensável para a adequada compreensão do sistema de precedentes.

Não se desconhece a multiplicidade de conceitos da *ratio decidendi*, não podendo, no entanto, deixar de se mencionar os principais testes e conceitos propostos, pela grande notoriedade.

Eugene Wambaugh, em 1894, propôs um teste lógico de inversão para a identificação da *ratio decidendi*. Formula-se uma proposição jurídica na qual deve ser inserido algum elemento que inverta totalmente o seu significado. A partir desse novo enunciado, analisa-se se a decisão original pode ser mantida, se o resultado permanece o mesmo. Na hipótese de uma resposta afirmativa, esta proposição não representa a *ratio decidendi*, mas sim um *obiter dictum* (apud Branting, 1993).

A formulação de Wambaugh difere um pouco daquela de Morgan e Salmond ao sustentar que a proposição que representa a *ratio decidendi* de um caso pode não ser realmente articulada pelo tribunal. No entanto, Wambaugh afirmou que pode ser descoberto por qualquer pessoa que “estude diligentemente o problema e o resultado” (Branting, 2013, p. 30, tradução nossa)³.

³ No original: Another proponent of this view, Eugene Wambaugh, proposed a widely accepted test for determining whether a given proposition is the *ratio decidendi* of a precedent: if the deciding court could have believed the negation of the proposition without changing the outcome of the case, the proposition is *dictum* rather than *ratio decidendi* (Wambaugh, 1894). Wambaugh's formulation differs somewhat from that of Morgan and Salmond in holding that the proposition representing the *ratio decidendi* of a case might not actually be

A abordagem de Goodhart recebeu grande reconhecimento na medida em que, menos rígida que a anterior, defendia que a *ratio decidendi* poderia ser identificada a partir dos fatos materiais reconhecidos como relevantes para o julgamento do caso.

Um conjunto de fatos é apresentado a ele; ele escolhe aqueles que considera materiais e rejeita aqueles que são imateriais, e então baseia sua conclusão nos fatos materiais. Ignorar sua escolha é perder todo o sentido do caso. O nosso sistema de precedentes se torna sem sentido se dissermos que aceitaremos sua conclusão, mas não sua visão dos fatos. Sua conclusão se baseia nos fatos materiais como ele os vê, e não podemos acrescentar ou subtrair deles provando que outros fatos existiram no caso. Portanto, é essencial saber o que o juiz disse sobre sua escolha dos fatos, pois o que ele faz tem um significado para nós somente quando considerado em relação ao que ele disse. A separação entre a conclusão e os fatos materiais nos quais essa conclusão se baseia é ilógica e deve levar a um resultado arbitrário e infundado (Goodhart, 1930, p. 169, tradução nossa)⁴.

Ele destaca que os juristas, muitas vezes, deturpam a ideia de *ratio decidendi*, na medida em que a consideram a partir de razões que sequer foram consideradas pelo tribunal. Para ele, é preciso concentrar-se nos fundamentos sobre os quais um caso foi de fato decidido e deixar de lado aqueles que poderiam ter sido usados, mas não foram (Goodhart, 1930).

Goodhart, assim como Herman Oliphant e outros realistas, também se mostrava cético em acreditar que a *ratio decidendi* poderia ser encontrada na explicitação das regras jurídicas pelos juízes, mas para ele Oliphant tomava os fatos como um dado estável e constante, o que não acreditava ser verdadeiro, na medida em que qualquer decisão será proferida a partir de uma interpretação específica dos fatos trazidos ao debate (Rodrigues, 2020; Branting, 1993).

Para Oliphant a busca pela *ratio decidendi* será sempre infrutífera, uma vez que representa apenas uma resposta imediata do julgador a um estímulo, normalmente de forma generalizada e que torna impossível identificar o que deve ser seguido em casos futuros (Duxbury, 2008).

Cada precedente considerado por um juiz e cada caso estudado por um estudante repousa no centro de um vasto e vazio estádio. O ângulo e a distância a partir dos

articulated by the court. However, Wambaugh asserted that it can be discovered by anyone who “diligently studies the problem and the result” (Wambaugh, 1894).

⁴ No original: A congeries of facts is presented to him; he chooses those which he considers material and rejects those which are immaterial, and then bases his conclusion upon the material ones. To ignore his choice is to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts. His conclusion is based on the material facts as he sees them, and we cannot add or subtract from them by proving that other facts existed in the case. It is, therefore, essential to know what the judge has said about his choice of the facts, for what he does has a meaning for us only when considered in relation to what he has said. A divorce of the conclusion from the material facts on which that conclusion is based is illogical, and must lead to arbitrary and unsound results.

quais esse caso deve ser visto envolvem a escolha de um assento. Qual deve ser escolhido? Nem o juiz nem o aluno podem escapar do fato de que podem e devem escolher. Perceber quão amplas são as possibilidades e significativas as consequências dessa escolha é fundamental para a compreensão do *stare decisis*. Perguntar se existe uma coerção em alguma lógica para tornar essa escolha inevitável ou benéfica é pesquisar o significado do *stare decisis* no estado de direito e a solidez dos estudos em direito. Essa pergunta é real e insistente. É uma pergunta que deve ser feita explicitamente e encarada de frente (Oliphant, 1928, p. 219, tradução nossa)⁵.

A abordagem de Rupert Cross J. W. Harris, por sua vez, entende que a *ratio decidendi* pode ser qualquer regra do caso encontrada pelo julgador, desde que realmente necessária para se chegar a determinado raciocínio jurídico e decisão decorrente.

Um outro resultado da discussão anterior parece ser que é impossível criar fórmulas para determinar *ratio decidendi* de um caso; mas, embora a opinião contrária tenha sido expressa, isso não significa que seja impossível dar uma descrição toleravelmente precisa do que os juristas querem dizer quando usam a expressão. Alega-se que a descrição a seguir é essa. (Cross Harris, 1991, p. 72, tradução nossa)⁶.

Duxbury, um dos principais estudiosos do precedente, afirma que a *ratio decidendi* de um caso não pode ser confundida com o raciocínio judicial realizado, uma vez que ele pode até vir a integrá-la mas, em alguns casos, pode fazer parte da *obiter dicta*. No entanto, reconhece a dificuldade no seu estudo, especialmente por seis motivos principais. O primeiro deles seria o fato de a *ratio decidendi* e a *obiter dicta* se confundirem muitas vezes, não se tratando de conceitos estáticos e sempre verificáveis de plano. Um *obiter dictum* de um determinado caso pode vir a ser tratado como *ratio decidendi* em um julgamento futuro. O segundo motivo é que nem todos os casos produzirão uma *ratio* ou será impossível separá-la do *obiter dictum*. Em terceiro lugar tem-se a possibilidade de um determinado julgamento conter mais de uma *ratio*, a maioria dos juízes chega à mesma conclusão, mas cada um baseado em uma razão específica e suficientemente forte para sustentá-lo. O quarto motivo seria que não se sabe se a *ratio* foi utilizada como argumento ou interpretação da regra para julgamento de um caso particular ou se foi construída para servir de precedente para outros

⁵ No original: Each precedent considered by a judge and each case studied by a student rests at the center of a vast and empty stadium. The angle and distance from which that case is to be viewed involves the choice of a seat. Which shall be chosen? Neither judge nor student can escape the fact that he can and must choose. To realize how wide the possibilities and significant the consequences of that choice are is elementary to an understanding of *stare decisis*. To ask whether there exists a coercion in some logic to make that choice either inevitable or beneficent, searches the significance of *stare decisis* in judicial government and the soundness of scholarship in law. This question is real and insistent. It is one which should be asked explicitly and faced squarely.

⁶ No original: A further upshot of the foregoing discussion seems to be that it is impossible to devise formulae for determining the *ratio decidendi* of a case; but although the contrary view has been expressed, this does not mean that it is impossible to give a tolerably accurate description of what lawyers mean when they use the expression. It is submitted that the following is such a description.

casos análogos. O quinto e o sexto motivo são interligados e diz respeito à dificuldade em definição do próprio conceito de *ratio decidendi* que, muitas vezes, é visto de forma simplória apenas como a razão da decisão e, ainda, ao problema consistente em saber o que está sendo procurado (Duxbury, 2008).

O autor critica, ainda, o teste de inversão proposto por Eugene Wambaugh, já mencionado, na medida em que na hipótese em que a corte baseia sua decisão em dois fundamentos alternativos, “a adoção de qualquer um dos fundamentos e a inversão do seu significado não altera a decisão, pois embora o significado de um dos fundamentos suficientes para apoiar a decisão tenha sido invertido, o outro permanece intacto e, assim, a decisão permanece” (Duxbury, 2008, p. 76-77, tradução nossa)⁷.

Discorda, ainda, do teste de necessidade proposto por Rupert Cross, dada a dificuldade em se definir o que é realmente necessário para a decisão, pois não se trata de algo verificável de plano e totalmente subjetivo, já que “os juízes, algumas vezes irão expressa ou implicitamente tratar determinadas pautas como sendo necessárias para determinadas conclusões; mas é igualmente provável que algumas vezes tratem determinadas pautas como seus meios preferidos para chegar a essas conclusões” (Duxbury, 2008, p. 78, tradução nossa)⁸.

Em relação à concepção proposta por Goodhart, reconhece sua contribuição para o tema ao, por meio de uma fórmula simples, definir a *ratio decidendi* como os fatos materiais do caso utilizadas pelo julgador em sua decisão, na medida em que traz a ideia de que casos semelhantes devem obter o mesmo resultado (Duxbury, 2008).

Porém, Duxbury (2008) reconhece que embora não haja um consenso ou acordo para definição de um teste único que permita a identificação da *ratio decidendi*, há boas razões para a tentativa de se determinar a razão de um caso, especialmente para que a noção de precedente judicial, como fonte de direito, possa ser respeitada.

Não obstante a relevância das teorias acima elencadas, propõe-se a adoção do modelo trazido pela teoria de Neil MacCormick tanto pela sua contemporaneidade como também pela importância de sua teoria da argumentação jurídica.

Para Neil MacCormick (2008), a *ratio decidendi* é a justificação de uma decisão, dotada de autoridade de caráter universalizável e vinculante. O autor defende a adoção de um sistema de precedentes judiciais por três motivos: (i) razões de justiça, pois casos iguais

⁷ No original: taking either ground and reversing its meaning does not alter the decision, for although the meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands.

⁸ No original: judges sometimes will expressly or impliedly treat particular rulings as necessary to particular conclusions; but it is just as likely that they will sometimes treat particular rulings as their preferred means by which to reach those conclusions

devem ser tratados de maneira igual; (ii) necessidade de um sistema jurídico imparcial e que dê a mesma justiça a todos; e (iii) economia de esforços, já que não se justifica a realização de novo esforço argumentativo se não há elementos que justifiquem a reconsideração.

É como expressamente afirma:

Por que advogados discutem tanto sobre precedentes? Por que lêem as decisões passadas e tentam aplicá-las a problemas presentes? Por que juízes pensam poder justificar decisões mostrando que elas são compatíveis com precedentes, ou pensam não poder justificar uma decisão porque ela contradiz um precedente firmado? Parte da resposta a essas perguntas é uma razão de justiça: se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. Conectada a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando. Num estado moderno, com muitos juízes e muitas cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso (Maccormick, 2008, p. 191).

MacCormick (2008) entende a *ratio* como a solução produzida para uma questão concreta e, em processos públicos decisórios, como um julgamento colegiado, afirma ser necessário que se esclareça a forma como determinado caso está sendo decidido e por qual razão esta decisão é a correta. Essa postura garante uma decisão imparcial e universalizável, já que situações com a mesma qualificação jurídica receberão as mesmas razões justificadoras.

Nesse ponto ensina:

Dentro de tal modelo, pode-se dar uma definição clara e satisfatória de *ratio decidendi*, nos seguintes termos: “Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso”. Argumentos sobre princípio jurídico ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e de suas rivais pertencerão à classe das *obiter dicta*. Isso é assim, mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que apenas os argumentos efetivamente aduzidos possam justificar tal solução (Maccormick, 2008, p. 203).

Nesse sentido, mostra-se indispensável a definição de *ratio decidendi* na medida em que, apenas a partir de sua identificação, será possível compreender a construção de um sistema de precedentes, como pretendeu o atual Código de Processo Civil.

Sobre a importância do estudo:

Sem um entendimento teórico dos (precedentes e de conceitos-chave como o de *ratio decidendi*, não podemos de fato (implementar nenhuma doutrina jurídica do precedente. Como sempre, a questão não é se devemos ou não ter uma teoria; a

questão é apenas se devemos ter uma teoria articulada, bem pensada e, de preferência, correta, ou se podemos ficar contentes com uma teoria implícita, inarticulada e provavelmente incorreta (Maccormick, 2008, p. 193).

No Brasil, a questão torna-se ainda mais relevante ao se identificar a instituição de um sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil (CPC), o qual pressupõe um tribunal razoavelmente estável e que proferirá decisões em caráter isonômico e com efeito vinculante. Para isso, a compreensão adequada da *ratio decidendi* é de importância ímpar.

No entanto, em que pese na maioria dos casos seja possível identificar uma conclusão comum, nem sempre se verifica uma justificação formal explícita e suficiente para indicar o posicionamento institucional acerca de determinado tema. Esse déficit deliberativo gera alguns problemas, especialmente ao se considerar que dificulta, quando não impede, a identificação das razões de decidir e a adoção de um sistema de padronização decisória.

1.1.4 Justificativas para a adoção de um sistema de precedentes

Diversas razões justificam a adoção de um sistema de precedentes, sendo a primeira e mais lembrada a segurança jurídica, “vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que se pretenda ser ‘Estado de Direito’” (Marinoni, 2019, p.93).

Causa perplexidade a ideia de que questões jurídicas idênticas recebam soluções diversas a depender da sorte dos jurisdicionados na distribuição das ações e recursos, especialmente quando envolve julgamentos por tribunais superiores que têm, como função precípua, justamente a uniformização da interpretação da Constituição e norma infraconstitucional (Ataíde Júnior, 2012).

Realmente, é de causar espécie que as mais altas Cortes atentem contra a sua própria função nomofilática, cultivando divergências internas ou até mesmo, a mudança repentina de entendimentos, sem que haja qualquer mutação normativa ou substancial alteração do cenário fático-jurídico.

A exacerbada divergência jurisprudencial atenta contra o próprio sistema, na medida em que faz surgir incoerências inconciliáveis, o que proporciona um aumento considerável do número de demandas, pois encoraja todos aqueles, cuja pretensão se encontre em sentido contrário à jurisprudência do momento, a se lançarem à sorte, ajuizando demandas e interpondo recursos, na esperança de uma guinada na orientação jurisprudencial (Ataíde Júnior, 2012, p. 137).

Destaca-se que a segurança jurídica transcende o âmbito jurídico, sendo indispensável para desenvolvimento das nações e que deve ser observada por todos. Ela representa um importante instrumento de defesa contra o arbítrio e “procura preservar a previsibilidade das consequências jurídicas dos atos e dos fatos, bem como a proteção das expectativas legítimas constituídas, não estando a autoridade estatal autorizada a frustrá-las” (Rosito, 2012, p. 147).

A segurança jurídica, como se percebe, pressupõe um modelo mínimo de processo, com garantia de prévio conhecimento do *modus operandi* a regular determinadas relações jurídicas e com a certeza de que eventuais alterações se darão apenas caso os pressupostos materiais tenham se alterado, já que constantes mudanças ferem a confiabilidade e expectativa das partes (Rosito, 2012).

Ainda sobre o tema:

Na ideia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente um caso determinado (Gadamer, 1999, p. 335).

As pessoas organizam sua vida e orientam suas condutas com base na ordem jurídica vigente, com base nos limites objetivos e subjetivos dos entendimentos dominantes, os quais devem ser acessíveis e cognoscíveis a todos, tanto por meio das leis elaboradas quanto pelo julgador que irá aplicá-las (Rosito, 2012).

No seu conjunto, esses ideais expressam tanto a dimensão formal-temporal como a dimensão material da segurança jurídica. Por consequência, pode-se apontar que a segurança jurídica tem duas vertentes. De um lado, impõe obrigações de certeza quanto ao conhecimento do significado e alcance das normas. De outro, refere-se ao funcionamento do complexo normativo e implica a previsibilidade da atuação estatal. (...)

Portanto, é evidente que, quando um tribunal inferior se afasta da jurisprudência do tribunal superior, sua decisão comporta sempre certo grau de incerteza. Não se pode ignorar que a aplicação do direito, por meio do Judiciário, deve assegurar segurança jurídica, para que a solução dos conflitos tenha razoável previsibilidade, o que implica atribuir maior segurança aos jurisdicionados (Rosito, 2012, p. 150-151).

Assim, intimamente relacionada à segurança jurídica está a igualdade, a previsibilidade e coerência da ordem jurídica, na medida em que casos similares receberão tratamento uniforme o que também reflete a própria ideia de estabilidade do direito.

A ideia de uma aposta lotérica apenas contribui para a deslegitimação da justiça e perda da credibilidade do Poder Judiciário como um todo, especialmente com relação à imparcialidade do juiz. A ideia de liberdade para decidir não significa autorização para interpretar a norma de forma diferente da determinada pelos tribunais de vértice, incumbidos constitucionalmente da atribuição de definir o sentido do direito (Marinoni, 2023).

Nesse sentido, a racionalidade do sistema jurídico pressupõe o respeito pelas decisões dos Tribunais Superiores, sendo imperiosa a preocupação dos julgadores com a unidade do Poder Judiciário, o que além de conferir celeridade e eficiência ao sistema, garante o respeito da isonomia entre os jurisdicionados. É, deste modo, “indispensável que os jurisdicionados tenham mínimas condições de previsibilidade sobre o julgamento das causas e não se sintam apostadores em uma banca lotérica judicial” (Cambi; Hellman, 2014, p. 6).

O princípio da igualdade, estruturante do regime geral dos direitos fundamentais e presente em todos ordenamentos jurídicos democráticos, tem como premissa evitar qualquer desigualdade arbitrária, o que só é alcançado na medida em que casos similares sejam resolvidos de forma semelhante. Diferenças compensatórias devem ser observadas no âmbito da isonomia, já que alternâncias injustificadas na interpretação do direito apenas contribui para a desintegração do sistema. (Souza, 2013; Alencar, 2018).

Registre-se que o próprio conceito de acesso à justiça pressupõe, além do acesso ao sistema jurídico, a existência de mecanismos que produzam resultados individuais e sociais justos, o que pressupõe a existência de um sistema de precedentes organizado e atento às particularidades que o caso concreto exigir, em especial a realidade cultural onde é aplicado. É imperioso o respeito à diversidade e à diferença, especialmente de grupos minoritários, sob pena de uma utilização arbitrária e indiscriminada do uso de precedentes, como já salientado (Barreiros, 2015).

Nesse contexto, é inegável a contribuição das Cortes Superiores, às quais incumbem a definição do sentido de direito, com o propósito de orientar a sociedade e regular os casos posteriores. Desta feita, se garante a igualdade e a liberdade, as quais não dependem apenas da lei, mas sim do comportamento de todos os atores jurídicos (Marinoni, 2017).

1.1.5 Sistema de precedentes tropicalizado

Verifica-se que a adoção de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro demonstra-se mais relacionada à criação de um mecanismo de diminuição de acervo e desafogamento do Poder Judiciário, do que uma verdadeira preocupação com a convergência argumentativa, daí se falar em um sistema de precedentes tropicalizado, conceito proposto por Debora Bonat e Fabiano Peixoto (2020).

Para os autores, embora alguns processualistas defendam que o Brasil, com isto, caminharia para a adoção do sistema *common law*, trata-se mais de uma importação de instrumentos processuais, na medida em que nesta tradição jurídica a vinculação aos precedentes não decorre da lei, ao contrário do que ocorreu no Brasil, em que houve uma imposição legislativa e que, até o momento, tem sido recebido com reserva pelos magistrados (Peixoto; Bonat, 2020).

No mesmo sentido, Alexandre de Freitas Câmara (2018) reconhece que embora haja uma inegável aproximação entre as tradições jurídicas de *civilis law* e *common law*, não é possível extrair que o sistema brasileiro esteja migrando para a *common law* ou, ainda, se transformando em um sistema híbrido tão somente pelo fato de adotar institutos que são comumente encontrados nessa tradição, especialmente porque aqui, para gozar de força vinculante, o precedente pressupõe uma determinação expressa nesse sentido.

Daí não se extraia, porém, que não haja – no Direito brasileiro contemporâneo – influência da tradição da *common law*. É que, modernamente, tem-se identificado o que pode ser chamado de “interferência horizontal” entre os sistemas, isto é, a “imitação de um sistema ou modelo por parte de outros sistemas, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas. Em outras palavras, tem havido um intercâmbio entre os sistemas jurídicos filiados à tradição de *civil law* e à de *common law*, sem que daí se precise extrair que a adoção, por um ordenamento, de institutos jurídicos oriundos de uma tradição jurídica distinta daquela em que se desenvolveu implique um traslado daquele ordenamento de uma tradição jurídica para outra (ou a adoção de um sistema misto) (Câmara, 2018, p. 59).

Pode-se dizer, nesta lógica, que embora o sistema brasileiro seja enraizado na tradição romano-germânica, inclusive em razão da própria colonização portuguesa, não podendo se falar em uma migração de sistema, é inegável que há certa aproximação dos dois modelos, especialmente em razão da dificuldade em se encontrar um sistema puro e perfeito (Andreassa Júnior, 2015).

De fato, no Brasil está se vivenciando um momento de massificação das demandas judiciais. A forma utilizada pelo Estado para superar a chamada “Crise do Judiciário” é o fortalecimento dos “precedentes” no Direito brasileiro, que permitirão uma maior celeridade de julgamento, especialmente das demandas de massa (consumeristas e previdenciárias, por exemplo). Na atualidade, é impossível encontrar um sistema jurídico puro. Não se encontrará um país de tradição romano-germânica onde não haja um mínimo de influência da tradição anglo-saxônica. A recíproca também é verdadeira. Na realidade, são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois, enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do common law, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística (Andreassa Júnior; Gilberto, 2015, p. 28).

Além disso, importante observar que a própria constitucionalização do direito e ausência de regulamentação de novos fenômenos em uma sociedade cada vez mais plural e complexa trouxe ao Poder Judiciário uma atribuição nova e antes atribuída apenas ao legislador, que é a solução dos problemas sociais (Bertagnoli; Baggio, 2017).

Ainda, diversos fatores como a ampliação dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988 e a aproximação da sociedade civil com o Poder Judiciário através da democratização do acesso à informação, com o uso de mecanismos de telecomunicação como o canal TV Justiça, YouTube e outras redes sociais, contribuíram para uma proeminência do judiciário, especialmente porque visto como poder capaz de cumprir promessas de igualdade e justiça, inerentes ao ideal de um estado democrático de direito (Peixoto; Bonat, 2020).

A maior visibilidade e transparência confere maior legitimidade à instituição judiciária e, conseqüentemente, cabe ao julgador observar a pluralidade de valores existentes de modo a construir uma nova perspectiva de acesso à justiça, bem como observar questões relevantes ao adequado exercício da jurisdição, como a motivação e justificação de decisões, manutenção da imparcialidade e interferência no espaço de atuação dos demais poderes (Peixoto; Bonat, 2020).

Em todo caso, verifica-se que o sistema de precedentes surge dentro desse contexto e com um objetivo de racionalização das decisões judiciais, a partir de um fortalecimento do direito jurisprudencial e foco direto na efetividade, uniformidade e segurança jurídica, mas com uma nítida preocupação com o atual congestionamento da máquina judiciária.

Sobre o tema, discorrem Debora Bonat e Fabiano Hartmann Peixoto:

Note-se que, até a inserção de algumas decisões vinculativas no processo brasileiro, os julgados eram utilizados como argumentos de autoridade, sem a preocupação de identificação adequada dos fatos aos casos subsequentes. Havia meramente a indicação do posicionamento do tribunal por meio da citação de ementa, de maneira a contribuir para a formação de argumentos de autoridade. Impõem-se as decisões aos juízes para que estes sigam os Tribunais – e não se quer diminuir a importância disso –, sem avaliar se elas foram bem formuladas, racionais e ponderadas. Quando

se usam precedentes a decisão só ganha essa autoridade se a construção argumentativa contiver todos os elementos suficientes para o enquadramento em uma justificada decisão (Peixoto; Bonat, 2020, p. 82-83).

Com esta evolução e reconhecimento de que a tradição *civil law* não se encontra em declínio, é imperiosa uma reflexão sobre a forma como os julgadores têm elaborado os precedentes, o que pressupõe uma análise do princípio da colegialidade e a verificação de sua compatibilização com o sistema atual.

1.2 A compreensão do princípio da colegialidade

A organização dos Tribunais é uma característica de todos os sistemas de justiça modernos e condiciona, além do próprio conceito e forma de criação do precedente, a determinação de sua força e forma de uso pelos tribunais e comunidade jurídica no geral (Taruffo, 2017).

Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro se organiza por meio da divisão de competências entre os órgãos que o integram, com funções definidas na Constituição, na legislação infraconstitucional e regimentos internos e nos interessa, no caso, as Cortes de Vértice, entendidas como os Tribunais responsáveis pela criação de precedentes.

Da leitura do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, verifica-se não existir uma abordagem específica sobre a colegialidade nesses tribunais, mas tão somente dispositivos que discorrem sobre a estruturação do Poder Judiciário em instâncias subordinadas umas às outras, sendo que determinados órgãos atuarão de forma singular, enquanto outros de forma coletiva e com poder revisional.

O Superior Tribunal de Justiça funciona em Plenário, composto por todos os membros da Corte; órgão especial denominado Corte Especial, composto pelos quinze ministros mais antigos; em três Seções, compostas por ministros integrantes de duas Turmas e em seis Turmas especializadas, compostas por cinco ministros cada.

Por sua vez, o STF, que será objeto da nossa análise, delibera em Plenário e em duas Turmas, cada uma composta por cinco ministros, das quais o Presidente do STF não participa. O processo decisório adotado, nesse caso, é agregativo, onde há mera soma de votos individuais dos ministros, o que representa clara desconsideração do valor da colegialidade para a obtenção da melhor decisão ao caso (Mello, 2015).

Ainda que pouco se toque no mote da colegialidade, inegáveis os avanços na prestação jurisdicional com o Código de Processo Civil de 2015, que pensou o processo a partir da

Constituição Federal e, por isso, reconhecido por muitos autores como um modelo constitucional de processo civil brasileiro (Bueno, 2008; Câmara, 2016). A importância vai além de identificar que alguns temas processuais são previstos na Constituição, mas também em considerar e aplicar as diretrizes constitucionais, de modo que os temas principais do processo devem ser construídos a partir da Constituição, funcionando como mecanismo para afirmação da democracia e proteção de direitos fundamentais.

Embora não sejam as únicas mudanças, podemos mencionar o prestígio à vontade das partes, a simplificação das formas no processo, previsão de garantias fundamentais e a força conferida à jurisprudência como importantes diretrizes que impactaram, diretamente, o procedimento nos Tribunais (Sokal, 2017).

Algumas inovações merecem destaque, como a importância do voto vencido que, anteriormente, tinha pouca relevância, enquanto agora é necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os efeitos, inclusive para aferição do prequestionamento. Também há avanços tanto quanto ao rol de casos que devem estar incluídos em pauta de julgamento, quanto à antecedência exigida. Evita-se, assim, os conhecidos julgamentos “em mesa”, onde processos eram incluídos sorrateiramente na pauta sem prévia comunicação às partes (Sokal, 2017). Outro destaque importante foi a técnica de ampliação do julgamento colegiado para as hipóteses de julgamento não unânime de apelação, hipótese em que outros julgadores devem ser convocados em número suficiente que garanta a inversão do resultado final, sendo garantido às partes e terceiros o direito de realizar sustentação oral perante os novos julgadores.

Além disso, o atual Código extingue a figura do revisor e dá relevante papel ao relator, a quem, além de outras funções determinadas pelo regimento interno, também incumbe dirigir, ordenar o processo no tribunal, além julgar monocraticamente os recursos em análise nas hipóteses previstas no artigo 932, III, IV e V do Código de Processo Civil⁹.

⁹ Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

Porém, ressalvadas as hipóteses admitidas no artigo mencionado, tem-se que, via de regra, o julgamento de precedentes pelas Cortes é colegiado.

Assim, sobre a colegialidade, é importante trazer alguns conceitos e abordagens feitas pela doutrina estrangeira que, de forma frequente, aborda o assunto.

Para Deanell Reece Tacha (1995) o princípio da colegialidade apresenta um valor intrínseco e que afeta, diretamente, a qualidade da construção das decisões judiciais.

Dito de forma mais sucinta, a colegialidade num tribunal de apelação é conhecer tão bem meus colegas juízes e respeitar tanto o seu intelecto e padrões de trabalho que estou disposto a ouvir e considerar cuidadosamente as suas perspectivas sobre cada questão jurídica que enfrentamos. É uma compreensão pessoal que transcende os antecedentes políticos, as idiosincrasias pessoais e a tendência natural de aderir inflexivelmente às próprias opiniões.

A colegialidade de que falo, porém, vai muito além da escuta e da consideração. Exige que os juízes deixem seus estilos próprios de julgamento, aprendidos com dificuldade, na porta da sala de conferências. Os juízes colegiais em conferência não são defensores de uma determinada posição, mas estudantes de uma questão – comparando, contrastando e pesando os pontos de vista e lógicas uns dos outros (Tacha, 1995, p. 587, tradução nossa)¹⁰.

Ainda, analisando a realidade do Décimo Circuito norte-americano do qual participou, o autor reconhece que, em muitos casos, não haverá propriamente a alteração de um voto dissidente ou mesmo do produto do julgamento, mas o resultado alcançado será intelectualmente mais sólido e maduro, em razão da interação entre os membros ocorrida por um debate tolerante, ponderado e de mútuo respeito. As ponderações feitas por um colega são consideradas, respeitadas, não havendo quaisquer tentativas de desacreditar sua personalidade ou capacidade intelectual. Embora reconheça que o julgamento por um juízo singular de fato pode gerar uma economia de recursos e, principalmente, tempo, a preservação da colegialidade energiza e melhora qualitativamente os trabalhos desenvolvidos, por existir um esforço coletivo para garantir o respeito a precedentes, cumprimento da Constituição e demais estatutos aplicáveis. O objetivo, assim, não é garantir a reputação de determinado julgador, mas sim proteger a integridade do sistema (Tacha, 1995).

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

¹⁰ No original: Most succinctly stated, collegiality on an appellate court is knowing my fellow judges so well, and respecting their intellects and work patterns so much, that I am willing to listen and consider carefully their perspectives on each legal issue that we confront. It is a personal understanding that transcends political backgrounds, personal idiosyncracies, and the natural tendency to adhere unyieldingly to one's personal opinions.

The collegiality of which I speak, however, goes far beyond listening and considering. It requires judges to leave their hard-learned styles of advocacy at the door of the conference room. Collegial judges in conference are not advocates of a position but students of an issue-comparing, contrasting, and weighing each other's viewpoints and rationales.

Tacha (1995, p.587) afirma, ainda, que o valor dado à colegialidade não é sempre o mesmo, variando conforme a tradição jurídica, mas que ela deve ser compreendida como um “debate animado, tolerante e ponderado; é a troca aberta e franca de opiniões; é uma controvérsia confortável; é o respeito mútuo conquistado por meio de uma troca vigorosa” (tradução nossa)¹¹.

Marie-Anne Cohendet (2006) defende que o princípio da colegialidade é indispensável para a garantia da independência e imparcialidade da justiça, sendo um princípio de valor constitucional e, por isso, deve ser protegido. E mais:

Mesmo que haja algumas exceções, o próprio princípio da colegialidade está profunda e constantemente inscrito em nossa tradição jurídica. A proposição “juiz único, juiz injusto” não é uma velha piada sem fundamento, mas um verdadeiro ditado do direito francês. A maioria dos autores que se debruça sobre esta questão recorda com veemência que a colegialidade é condição essencial para a independência dos juízes. Consequentemente, preocupam-se com “o questionamento da independência dos juízes pelo desaparecimento do princípio da colegialidade”. Embora medidas importantes tenham sido adotadas para garantir a independência dos tribunais, o fato é que um juiz único está muito mais exposto à pressão mais ou menos políticas do que um juiz que atua em uma formação colegiada. O juiz único sabe que as estatísticas feitas em seus julgamentos podem levar a pensar que ele é, por exemplo, considerado insuficiente ou “demasiado respeitoso” dos direitos dos litigantes e que, portanto, é muito ou não suficientemente eficaz para dar toda eficácia à política de tal governo. Este juiz único também sabe que a sua classificação, a avaliação que será feita do seu trabalho e, portanto, da sua carreira pode, na realidade, basear-se nesse tipo de avaliação. Ele sabe finalmente, finalmente, que este tipo de pressão pode ser exercida sobre ele. Este tipo de pressão é particularmente concebível e sensível em direito administrativo, como apontado pelos membros dos tribunais administrativos: “A colegialidade é a melhor garantia de um julgamento imparcial. A colegialidade é a única maneira de evitar o risco inerente da subjetividade no contencioso de terceiros. Um único juiz é exposto à pressão em particular de chefes (às vezes é exercida nominalmente) (...)”. A colegialidade reduz consideravelmente esse tipo de pressão. Protege o magistrado, contra si mesmo, porque o obriga a trabalhar completa e imparcialmente sob supervisão constante e com assistência de outros juízes membros da formação colegial; contra a pressão de seus colegas, que podem ser tentados a influenciar sua classificação e o desenvolvimento de sua carreira segundo critérios poucos objetivos; e contra as pressões mais ou menos ocultas do legislativo ou executivo (Cohendet, 2006, p. 719-720, tradução nossa).¹²

¹¹ No original: lively, tolerant, thoughtful debate; it is the open and frank exchange of opinions; it is comfortable controversy; it is mutual respect earned through vigorous exchange.

¹² No original: Même s’il connaît quelques exceptions, le principe même de la collégialité est profondément et constamment inscrit dans notre tradition juridique. La proposition « juge unique, juge inique » n’est pas une vieille boutade dénuée de fondement mais un véritable adage du droit français. La plupart des auteurs qui se penchent sur cette question rappellent avec force que la collégialité est une condition essentielle de l’indépendance des juges. Dès lors, ils s’inquiètent de « la remise en question de l’indépendance des juges du fait de la disparition du principe de collégialité ». Même si des mesures importantes ont été adoptées par ailleurs pour garantir l’indépendance des juridictions, il demeure qu’un juge unique est beaucoup plus exposé aux pressions plus ou moins ouvertement politiques notamment que ne l’est un juge qui statue dans une formation collégiale. Le juge unique sait que des statistiques faites sur ses jugements peuvent conduire à penser qu’il est par exemple considéré comme étant pas assez ou « trop respectueux » des droits des justiciables et qu’il est donc très ou pas assez efficace pour donner toute son efficacité à la politique de tel gouvernement. Ce juge unique sait aussi que sa notation, l’évaluation qui sera faite de son travail et donc sa carrière peuvent, en réalité,

Desta forma, há maior confiança na justiça e na democracia quando a lide em análise está sendo solucionada por um colegiado do que seria se solucionada por um juiz singular, independente das qualidades deste julgador. Apenas com a deliberação e reflexão coletiva é possível o alcance de uma solução segura e razoável, com a real garantia de uma justiça independente e imparcial (Cohendet, 2006).

Também sobre o tema, Harry T. Edwards (2003), a partir de sua experiência como membro por mais de três décadas da *District of Columbia Circuit Court* americana, ressalta que falar em colegialidade não pressupõe uma amizade e ausência absoluta de discordância entre os juízes, pois isso seria melhor definido como homogeneidade ou conformidade. Para ele, colegialidade significa juízes com um interesse comum que é aplicar corretamente o direito e, como resultado, estando dispostos a ouvir, falar e ser persuadidos, de forma sempre civilizada e com respeito. Inclusive, defende que posicionamentos divergentes são capazes de arejar o processo deliberativo e, com o auxílio mútuo, terão melhor capacidade de aplicar a lei e encontrar a resposta adequada.

E continua:

A colegialidade é um processo que ajuda a criar as condições para um acordo baseado em princípios, permitindo que todos os pontos de vista sejam divulgados e considerados. Especificamente, defendo que a colegialidade desempenha um papel importante na mitigação do papel da política partidária e da ideologia pessoal, permitindo que juízes de diferentes perspectivas e filosofias se comuniquem, ouçam e, em última análise, influenciem uns aos outros de forma construtiva e respeitadora da lei (Edwards, 2003, p.1645, tradução nossa)¹³.

Assim, para o autor, o debate principal sobre a colegialidade não diz respeito à existência de crenças políticas e pessoais dos julgadores, pois claro que são elementos presentes, mas sim o grau de influência dessas questões privadas nos resultados dos

être fondées sur ce type d'appréciation. Il sait enfin que des pressions peuvent être exercées sur lui. Ce type de pression est particulièrement envisageable et sensible en droit administratif, comme l'ont souligné les membres des juridictions administratives: « La collégialité est la meilleure garantie d'un procès plus impartial. La collégialité est seule en mesure d'éviter le risque de subjectivité inhérent au contentieux des étrangers. Un juge unique est exposé aux pressions notamment des préfets (elle s'exerce parfois nominativement) (...) ».

La collégialité freine considérablement ce type de pressions. Elle protège le magistrat, contre lui-même, parce qu'elle le contraint à travailler de manière approfondie et impartiale sous le contrôle constant et avec l'aide des autres juges membres de la formation collégiale; contre les pressions de ses collègues, qui pourraient être tentés d'orienter sa notation et l'évolution de sa carrière en fonction de critères qui manqueraient d'objectivité ; et contre les pressions plus ou moins occultes du législatif ou de l'exécutif.

¹³ No original: Collegiality is a process that helps to create the conditions for principled agreement, by allowing all points of view to be aired and considered. Specifically, it is my contention that collegiality plays an important part in mitigating the role of partisan politics and personal ideology by allowing judges of differing perspectives and philosophies to communicate with, listen to, and ultimately influence one another in constructive and law-abiding ways.

julgamentos. Quanto mais colegial for um tribunal, menor a chance de um resultado ser predeterminado e resolvido pela qualidade da sua deliberação (Edwards, 2003).

Em uma corte que opera de modo colegiado seus membros se concentram com o que cada um traz para a reunião, em termos de força intelectual, preparação e *background*. Se o caso envolve, por exemplo, uma questão trabalhista, aqueles com mais prática, estudos na área compartilharão seus conhecimentos, o mesmo com questões que envolvam direito energético, economia, lei antitruste, entre tantos outros conhecimentos específicos. Um ambiente colegiado permite uma análise do conhecimento substantivo de cada julgador em comparação, inclusive, com experiências de colegas não votantes, processo este de troca que nada se relaciona com partidarismos. O objetivo deve ser sempre a escolha da melhor resposta, não a melhor resposta partidária e, também, uma base sólida para a tomada da decisão, não uma simples estratégia para alcançar o resultado preferido e predeterminado por alguém (Edwards, 2003).

Conrado Hübner (2013), embora reconheça que existam diversas formas de definir a colegialidade, afirma que ela é uma das quatro virtudes que devem ser consideradas pelos julgadores para o alcance de uma convergência, sendo a única que liga os tribunais à deliberação. A colegialidade, então, pode ser decomposta em diversos outros fatores que lhe são constitutivos, como o respeito, o compromisso argumentativo e de cooperação, além de uma disposição de obter uma decisão supraindividual. Assim, para a obtenção da colegialidade, é fundamental que o foco da decisão se desloque do indivíduo para o grupo colegiado. Sem esta mudança de compreensão do foco da decisão, a colegialidade não pode avançar enquanto princípio operante (Hübner, 2012).

O autor destaca a importância do compromisso de princípios por meio de um acordo espontâneo, baseado em uma confiança interpessoal que só pode ser encontrada a partir da ideia de colegialidade. Assim, os julgadores são levados a encontrar uma base comum e agir em conformidade aos colegas, resolvendo os pontos de conflitos e encontrando o verdadeiro espírito institucional na busca de um consenso espontâneo. No caso de dissidências, “os juízes podem conceder em nome do poder simbólico e político de uma decisão unânime, em oposição à suscetibilidade dos divididos” (Mendes, 2013, p. 130, tradução nossa)¹⁴. Logo, para Hübner o dissenso, embora possível, não pode se basear em meros caprichos ou culto à vaidade, sob pena de deteriorar a capacidade deliberativa do tribunal. Fazendo referência a Zobel, para ele a discordância deve surgir quando o julgador tiver confiança que sua opinião

¹⁴ No original: judges may concede in the name of the symbolic and political power of a unanimous decision, as opposed to the susceptibility of divided ones.

é capaz de contribuir e evitar a formação de uma decisão injusta, desde que isso se mostre mais virtuoso que a aparência de um tribunal desintegrado (Mendes, 2013).

Em entendimento análogo, Kermit V. Lipez (2005) defende que as dissidências são vistas como uma ameaça à integridade do tribunal e uma ruptura ao consenso necessário e uma diluição da colegialidade. Ainda que não gostar de ser interpelado ou desafiado faça parte da condição humana, a discordância gera custos, inclusive no tempo de tramitação de um processo e de seu julgamento, na medida em que os demais julgadores podem entender pela necessidade de rebater os novos apontamentos. Deve-se resistir em discordar, exceto se o interesse adjacente for suficientemente caro e não existir alternativa mais eficaz.

Porém, Donald B. Bernice (2016) pondera que não se deve considerar como um dever do julgador minoritário a deferência cega e silenciosa à maioria, seja para facilitar o trâmite processual ou realçar a força da lei. Deve a colegialidade ser entendida como uma qualidade que pode estar presente ou ausente, mesmo em uma dissidência.

Nos domínios pessoal e institucional, a dissidência pode manifestamente ter custos potencialmente consideráveis. No entanto, o direito à dissidência é precioso e a razão muitas vezes convincente! Pode parecer paradoxal, mas talvez o valor profundo desse direito seja tal que a sua proteção exija extrema prudência e moderação no seu exercício. Pode ser do interesse do juiz individual proteger a capacidade de discordar efetivamente numa ocasião futura e, no interesse do tribunal e do direito como um todo, que um juiz possa decidir num determinado caso que as diferenças com a maioria não justificam ser memorizadas em uma dissidência (Donald, 2016, p. 1145-1146, tradução nossa)¹⁵.

Para este autor (2016), o direito à discordância é capaz de reforçar o valor do consentimento, de modo que julgadores verdadeiramente independentes são capazes de aderir de forma genuína aos demais posicionamentos. Além disso, essa possibilidade garante que a maioria leve as objeções minoritárias em consideração, inclusive de modo a evitar uma futura dissidência que pode chegar a nem ser escrita.

Independente de se considerar as opiniões dissidentes como importantes ao debate ou não, há um consenso de que a colegialidade ao menos em sua concepção ideal traz inúmeras vantagens para a construção de um provimento jurisdicional coeso, íntegro e que considere todas as vicissitudes do caso em análise.

¹⁵ No original: In the personal and institutional realms, dissent can manifestly have costs-potentially considerable ones. Yet the right to dissent is precious and the reason often compelling! It may seem paradoxical, but perhaps the deep value of that right is such that to safeguard it requires extreme prudence and moderation in its exercise. It may be in the interests of the individual judge to protect the ability to dissent effectively on a future occasion, and in the interests of the court and of the law as a whole, that a judge may decide in a given case that differences with the majority do not warrant being memorialized in a dissent.

Também abordando a temática, de grande importância a classificação proposta por Kornhauser e Sager, que se dedicam ao estudo das dimensões e efeitos das tomadas de decisões colegiadas e apontam que, nos julgamentos coletivos, espera-se que juízes ajustem seus comportamentos formais e informais aos de seus colegas, na medida em que não atuam individualmente, mas como um tribunal colegial (1993).

Os autores trazem uma classificação das entidades coletivas, as quais podem ser de quatro formas: distributiva, em time/equipe, redundante e colegial (Kornhauser; Sager, 1993).

As iniciativas distributivas, que podem ser simples ou complexas, pressupõem ações isoladas dos indivíduos, mas de modo a garantir a execução de tarefas específicas e coordenadas. Citam os autores o exemplo de um grupo de pessoas pintando uma mesma casa ou cuidando de um campo. A atuação de cada agente acontece de forma independente das dos demais. Diferentemente, as entidades de equipe/time requerem uma ação coordenada dos indivíduos durante sua execução para a produção de um resultado específico e que só pode ser alcançado coletivamente. Aqui, a densidade de interação do grupo é indispensável para o objetivo pretendido. Citam, como exemplos, uma orquestra ou um time de basquete (Kornhauser; Sager, 1993).

O modelo redundante se caracteriza especialmente pela independência dos atores envolvidos e múltiplos esforços, mas não de forma colaborativa. Em alguns casos, a deliberação coletiva é vedada, como é o caso de um julgamento de uma competição de ginástica, onde os julgadores não podem consultar uns aos outros antes de proferir suas notas. No modelo colegial, por sua vez, colaboração e deliberação são indispensáveis e cada participante deve considerar e responder a seus colegas durante a realização das atividades propostas. Nesse caso, o resultado só é alcançado de forma coletiva, com esforços conjuntos e mantidos padrões de qualidade. Ilustram o modelo com trabalhos desenvolvidos por cientistas em uma determinada pesquisa (Kornhauser; Sager, 1993).

Sobre a diferença crucial entre os dois últimos modelos dispõem:

As entidades redundantes e colegiadas não têm como objetivo ampliar o desempenho, como fazem as entidades distribuídas, ou remodelar o desempenho, como fazem as entidades de equipe. Em vez disso, elas têm como objetivo produzir desempenhos que, em princípio, poderiam representar o esforço não aprimorado de uma única pessoa, mas aproximar esse desempenho do ideal.

As entidades redundantes e colegiadas se distinguem, em grande parte, pela forma como cada uma delas alcança a coordenação (Kornhauser; Sager, 1993, p. 4, tradução nossa)¹⁶.

¹⁶ No original: Redundant and collegial enterprises do not aim either to amplify performance as do distributed enterprises, or to reshape performance as do team enterprises. Instead, they aim to produce performances that could in principle represent the unenhanced effort of a single person, but to bring that performance closer to the

Reconhecem que as entidades coletivas não necessariamente se apresentam de forma pura, podendo existir uma interação complexa que indique a adoção de um regime híbrido, bem como que as Cortes, no geral, operam em um modelo colegial ou redundante. Afirmam, no entanto, que em todo caso, ao contrário do que se pensa, o modelo deliberativo não interfere na independência do julgador, mas permite sim uma melhora da qualidade das decisões “quando, por exemplo, identifica fatos ou argumentos que um juiz não havia notado ou garante que ele teste cuidadosamente a lógica de seu argumento” (Kornhauser; Sager, 1993, p.6, tradução nossa)¹⁷.

Não obstante a importância do estudo do tema, consoante se verifica dos estudos mencionados feitos em outros países, como já mencionado início, a temática da colegialidade, no Brasil, está intimamente relacionada à organização dos tribunais e quase sempre é analisada sob a ótica do duplo grau de jurisdição e a possibilidade de correção de sentenças por um órgão composto por uma pluralidade de julgadores, mais cuidadosos e experientes. Além disso, entende-se que a decisão por um tribunal colegiado garantiria maior legitimidade democrática, já que há uma prevalência de uma decisão proferida por uma maioria e com menores chances de erros (Santos, 2017).

O mesmo raciocínio foi trazido por Barbosa Moreira, para quem a utilização do princípio do duplo grau de jurisdição se justifica pela probabilidade de acerto, já que o juízo na origem faria uma análise mais superficial, enquanto o órgão colegiado poderia se debruçar sobre pontos que haviam sido ignorados, atribuindo um justo peso na solução do conflito. Não obstante, menciona que as críticas sempre existiram, na medida em que ou se trata de uma presunção verdadeira e que deveria ensejar a atribuição de julgamento diretamente aos tribunais ou inexistente tal presunção e, assim, o duplo grau representaria uma medida contraproducente e com o risco de substituir uma decisão correta por uma errônea (Moreira, 1985).

Porém, Cappelletti (1977) discorrendo sobre a necessária reforma ao código de processo civil italiano, afirma que deveria haver uma preocupação com a eliminação das falhas existentes, dentre elas a desvalorização das decisões tomadas pelos juízos em primeira instância na realidade italiana:

ideal.

Redundant and collegial enterprises are in significant part distinguished from each other by the fashion in which each achieves coordination

¹⁷ No original: when, for example, it identifies facts or arguments that a judge had not noticed or ensures that she carefully test the logic of her argument.

O primeiro defeito essencial, que não se encontra nem nos países socialistas nem – especialmente no que diz respeito aos processos cíveis – nos países anglo-saxões, é a profunda desvalorização do julgamento de primeira instância, com a glorificação concedida, se assim posso dizer, das sentenças de apelação. Por um lado, o tribunal de primeira instância não é dotado de força executiva. Por outro lado, o recurso é um julgamento de novo, estendido a novos fatos, novas exceções e novas provas, em vez de se limitar – como é o caso dos países acima mencionados – apenas a erros de direito cometidos pelo juiz de primeiro grau. O resultado é que, em primeira instância, o caso ainda não foi ganho ou perdido: a primeira instância de julgamento é apenas uma longa fase de espera, uma espécie de antecâmara longa e muitas vezes exaustiva e dolorosa para finalmente chegar à fase de recurso; e este último é o único julgamento verdadeiro, pelo menos para a parte que pode pagá-lo economicamente (Cappelletti, 1977, p. 116, tradução nossa)¹⁸.

Para o autor (1977), embora o duplo grau de jurisdição seja visto por muitos como uma garantia processual, uma verdadeira garantia de liberdade, absoluta e irreprimível, trata-se em verdade de um mecanismo incompatível com um acesso rápido e efetivo à justiça e que não guarda natureza constitucional.

O fato é que toda vez que um novo nível de jurisdição é adicionado, não se está apenas prestando um serviço a uma parte, aquela que estava errada, mas também se está obviamente prestando um desserviço à outra parte, aquela que estava certa. Garantias excessivas prejudicam o sistema. É muito melhor tentar ter, como no sistema anglo-saxão e em muitos outros sistemas, um julgamento preciso em primeira instância, final no que diz respeito a questões de fato, e com exceção apenas de um recurso por erros de direito substantivo e processual, em vez de uma revisão real dos méritos do caso (Cappelletti, 1977, p. 117-118, tradução nossa)¹⁹.

Por sua vez, para Pontes de Miranda (1975), a colegialidade das decisões é a regra no julgamento dos recursos, uma vez que o próprio homem é fruto da deliberação coletiva, e não da decisão individual. Assim, considerando que é desejável um nível superior de certeza, a necessidade de observância da colegialidade se impõe.

¹⁸No original: Il primo essenziale difetto, che non si riscontra né nei paesi socialisti, né – specie per ciò che concerne il processo civile – in quelli angloassassoni, è la profonda svalutazione del giudizio di primo grado, con la concessa glorificazione, se così posso dire, dei giudizi di gravame. Da un lato, la sentenza di primo grado non è, normalmente, dotata di forza esecutiva. Dall'altro lato, l'appello è un giudizio de novo, esteso a fatti nuovi, a nuove eccezioni e a prove nuove, anziché essere limitato – come è appunto nei paesi su ricordati – ai soli errori di diritto in cui sia incorso il giudice di primo grado. Il risultato è che, in primo grado, la causa non si è ancora né vinta né persa: il primo grado di giudizio è solo una lunga fase di attesa, una sorta di annosa e spesso estenuante e penosa anticamera per giungere infine alla fase di appello; e quest'ultima è il solo vero giudizio, almeno per la parte che economicamente se lo può concedere.

¹⁹No original: Fatto sta che, ogni volta che si aggiunge un nuovo grado di giurisdizione, non si rende soltanto un servizio a una parte, quella che ha avuto torto, ma si rende anche ovviamente un disservizio all'altra parte, quella che ha avuto ragione. L'eccesso di garanzie si ritorce contro il sistema. Assai meglio è cercare di avere, come nei sistemi angloassassoni e in tanti altri, un accurato giudizio di primo grado, *finale* per ciò che concerne le questioni di fatto, e aparto soltanto ad una impugnazione per *errori di diritto* sostanziale e processuale, anziché ad un vero e próprio riesame del merito della causa.

A partir de estudos feitos por Carlos Victor Nascimento dos Santos (2017) sobre a doutrina clássica brasileira, verifica-se que a expressão tribunal colegial aparece pela primeira vez na obra de Jorge Americano e que todas as abordagens feitas por outros autores posteriores, como Pontes de Miranda, demonstram a forte influência do direito italiano no tema.

É sabido que o direito processual brasileiro foi influenciado de forma decisiva por Enrico Tullio Liebman, aluno de Chiovenda que, após abandonar a Itália, permaneceu no Brasil de 1940 até 1946. Ainda, após sua partida, é inegável a contribuição deixada pelo seu pensamento sobre importantes processualistas de São Paulo e também do Rio de Janeiro, como Luis Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, Benvindo Aires, Luis Machado Guimarães, Eliezer Rosa e outros tantos (Nunes; Picardi, 2011).

Importante trazer, primeiramente, o conceito de Chiovenda, explicitado por Santos: “A atividade do indivíduo, ou do colegiado chamado a personificar o judiciário, é a atividade do judiciário. Em particular, o colegiado é um órgão do judiciário colegiado: ele atua como uma unidade distinta das pessoas de seus membros²⁰” (tradução nossa). Esta definição permite a compreensão inicial de que o órgão colegiado não se confunde com os membros que o compõem, sendo que apenas o órgão é investido de competência jurisdicional e, portanto, apto a proferir decisões. Ainda, ao contrário do que é visto no direito brasileiro, Chiovenda não adota a ideia de hierarquia e sobreposição de órgãos colegiados e, conseqüentemente, a dependência de órgãos jurisdicionais singulares, havendo apenas uma divisão estratégica e organizacional de competências (Santos, 2017, p. 487).

E mais, a colegialidade, no direito italiano, está fundamentada na ideia de oralidade e discussão oral do mérito, com debates entre as partes, advogados, integrante do Ministério Público e membros do próprio colegiado, seja para defender a pretensão trazida a juízo, seja para impugnar as teses e provas trazidas pela parte contrária ou, ainda, definir pontos controversos e dúvidas existentes. Trata-se de um espaço institucionalizado para discussão e, inclusive, com a possibilidade de os julgadores manifestarem diferentes posicionamentos sobre os fatos os quais, no entanto, não são registrados em ata e, portanto, evitando constrangimentos no momento de deliberação futura (Santos, 2017).

Ainda sobre o debate oral, ensina Santos:

²⁰ No original: L'attività del singolo, o del collegio chiamato a personificare la magistratura, è attività della magistratura. In particolare il collegio è organo della magistratura collegiale: esso agisce come unità distinta dalle persone dei suoi componenti.

O momento da discussão oral do processo proporcionado pela colegialidade possui uma configuração capaz de ser comparada a um espaço público de discussão privada, mas que pode afetar a todo o público que o acompanha. Isso porque, as decisões judiciais que são produtos dessas interações, podem influenciar diretamente na vida dos cidadãos dependendo do efeito e alcance que possuam. E as portas do tribunal em que ocorrem essas discussões são abertas para todos aqueles que desejam acompanhá-la de perto. Isto é, a discussão oral do mérito da causa no colegiado é o único momento do processo acompanhado de perto por qualquer cidadão que o queira. É inevitável, neste sentido, deixar de associar a colegialidade nos tribunais à visibilidade pública (Santos, 2017, p. 494).

Por sua vez, quando da deliberação há uma mudança significativa no rito e uma busca de uma transmissão de um consenso uniforme, por meio de uma decisão em texto único, sem menção a posicionamentos antagônicos.

Assim, na fase da construção da decisão não há permissão para divulgação dos votos individuais de cada membro uma vez que, como salientado acima, apenas a opinião da Corte, como órgão, é relevante e, portanto, publicada. A Itália é adepta, assim, do princípio da *secrecy of deliberation* ou julgamento a portas fechadas, sem acesso ao público e partes, de modo que os votos dissidentes não são publicizados (Nadelmann, 1964).

A questão enfrenta grande debate doutrinário desde a criação da Corte Constitucional Italiana e, assim como em outros países, diversos autores apontam uma série de vantagens para a adoção de um sistema que mencionasse, de forma expressa, os votos dissidentes, tais como: i) fortalecimento da independência e autonomia dos julgadores; ii) análise mais profícua do caso, com identificação clara do fundamento dialético da decisão e, conseqüentemente, com um reforço de sua autoridade; iii) decisões mais claras e coerentes, na medida em que não necessitaria considerar as objeções das minorias, facilitando a compreensão tanto pelo Parlamento quanto pelos demais juízes; iv) incremento do dinamismo e capacidade de evolução da jurisprudência, com adaptação maior às necessidades e demandas; v) a possibilidade de uma opinião dissidente, em um momento futuro, funcionar como base para reversão do posicionamento institucional e; vi) ampliação do debate, com incentivo à participação de juízes ordinários com questões relevantes à evolução da jurisprudência (Tega, 2021).

No entanto, duas são as principais argumentações a favor do sistema atual, quais sejam, o receio de ocorrer um afastamento do compromisso social com os valores consagrados na Constituição e uma ameaça de enfraquecimento da Corte Constitucional, já que opiniões dissidentes revelariam incertezas, tornariam os julgadores mais vulneráveis à pressões políticas e incapazes de julgar conforme suas próprias consciências. Haveria, assim, uma perda da ideia de colegialidade com a personalização das decisões, enquanto “a ideia que

prevalece na Itália é que a justiça constitucional é uma função desempenhada por um órgão, não por quinze pessoas”²¹ (tradução nossa) (Tega, 2021, p. 121).

Assim, embora seja claro o diálogo existente com o direito italiano, percebe-se que o princípio da colegialidade foi incorporado no direito brasileiro, até certo ponto, como categoria jurídica, mas sob fundamentação diversa da utilizada no direito italiano. Isto porque, como demonstrado, apesar de uma discussão prévia e oral do mérito, a Corte Constitucional italiana adota um modelo de deliberação realizado a portas fechadas, cujo resultado é publicado em um texto único, sem revelação pública das dissidências existentes (Santos, 2017; Vale, 2015).

A Corte Costituzionale italiana também adota um modelo puro ou íntegro de decisão per curiam. O resultado final das deliberações, realizadas a portas fechadas ('a porte chiuse') na "camara di consiglio", é publicado em formato de texto único, o qual contém o relato do caso (ritenuto in fatto), os fundamentos jurídicos (considerato in diritto) e uma parte dispositiva final. Apesar de um amplo e polêmico debate doutrinário que tem resultado numa majoritária posição a favor da publicação das opinioni dissenzienti dos magistrados da Corte Constitucional (essa polêmica será abordada em tópico posterior), o modelo per curiam tem sido mantido em toda sua integridade, não dando margem para a revelação pública das dissidências internas do órgão colegiado (Vale, 2015, p. 111).

Nesse contexto, analisando a colegialidade no processo de construção das decisões judiciais pelos tribunais superiores, tem-se que no Brasil ocorre exatamente o oposto: uma mitigação da discussão oral sobre o mérito e deliberação pública, em uma decisão que representa a mera soma aritmética dos votos individuais dos julgadores, consoante será melhor analisado no próximo tópico.

1.3 Deliberação e Modelos deliberativos nas Cortes de Precedentes

Nesta seção, faremos uma análise da temática deliberação tomando em consideração, fundamentalmente, as análises desenvolvidas sobre o tema por Conrado Hübner.

Embora reconheça que o termo deliberação envolve uma miríade de significados tanto na filosofia política como na teoria constitucional, permitindo um uso deveras amplo, o autor refere-se à deliberação, na maioria das vezes, como um engajamento argumentativo interpessoal.

O autor defende o seguinte conceito:

²¹ No original: the prevailing idea in Italy is that the constitutional justice is a function carried out by a body, not by fifteen persons.

A teoria democrática reavivou recentemente a deliberação como um componente valioso da tomada de decisões coletivas. A deliberação é nada menos do que uma prática respeitosa e inclusiva de raciocinar em conjunto enquanto se busca continuamente soluções para as demandas de decisão, de formar sua posição por meio da troca de razões na busca, mas não necessariamente na obtenção de um consenso sobre o bem comum. Assim, os participantes da deliberação, antes de contar os votos, estão abertos a transformar suas preferências à luz de argumentos bem articulados e persuasivos. Apesar de uma série de variações, tanto conceituais quanto terminológicas, na literatura sobre democracia deliberativa, isso pode ser considerado plausivelmente como seu mínimo denominador comum (Mendes, 2013, p. 14, tradução nossa)²².

Assim, para que um processo decisório seja realmente deliberativo deve se considerar os sete elementos indicados pelo autor. O primeiro pressupõe o elemento decisório, com autoridade coercitiva e capaz de vincular direta e indiretamente o próprio julgador e terceiros. O segundo é o caráter de provisoriedade, na medida em que o processo argumentativo não se encerra em determinada decisão e pode ser alterado em novas rodadas deliberativas. O terceiro é o raciocínio conjunto, por meio de um diálogo profundo de modo a se alcançar a justificativa adequada para a decisão. Em quarto lugar, tem-se a impossibilidade de adoção de quaisquer razões para decidir, na medida em que interesses eminentemente privados ou que não representem a busca de um bem comum devem ser excluídos. O quinto representa o engajamento necessário entre os deliberativos, com disposição para ouvir e revisar seus pontos de vistas, com a crença da potencialidade de construção de uma resposta melhor. Em sexto lugar temos que a decisão deve ser construída de forma respeitosa, inclusiva e ética, e o sétimo elemento é a consideração a cada argumento apresentado e pontos de vista, ainda que de forma não amável (Mendes, 2013).

Ainda, o autor deixa claro que deliberação não se confunde com votação e barganha, embora confirme que no mundo fático é raro encontrar decisões deliberativas em um sentido puro. A barganha é compreendida como uma mera negociação, em que os negociadores visam maximizar os seus interesses privados, por outro lado, a deliberação é um meio legítimo de, por meio da argumentação, se obter uma decisão qualitativamente melhor que atenda o bem comum de uma forma mais ampla (Mendes, 2013).

²² No original: Democratic theory has recently revived deliberation as a valuable component of collective decision-making. Deliberation features no less than a respectful and inclusive practice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good. Thus, participants of deliberation, before counting votes, are open to transform their preferences in the light of well-articulated and persuasive arguments. Despite a range of variations, both conceptual and terminological, within the literature of deliberative democracy, this can plausibly be regarded as its minimal common denominator.

André Rufino do Vale, no mesmo sentido, a partir de um ideal da democracia deliberativa, entende que os Tribunais Constitucionais são instâncias deliberativas:

Nos Tribunais Constitucionais, a deliberação é caracterizada pelo desenvolvimento intersubjetivo e interativo do discurso argumentativo entre os magistrados, com base em razões de ordem jurídica ou extrajurídica envolvidas na discussão de determinado caso, nos quais sobressaem os aspectos discursivos dialéticos e retóricos, o que ocorre com maior ênfase nas sessões de julgamento dos órgãos colegiados, mas que também pode acontecer em outras diversas ocasiões em que se produza essa interação argumentativa no interior da Corte (Vale, 2015, p. 90).

Para o autor, qualquer ato de poder, não apenas aquele oriundo de poderes majoritários ou de representação popular, deve surgir a partir de um debate público transparente, guiado por um ideal de argumentação racional, além de ser construído a partir de uma decisão construída de forma coletiva com a participação, mesmo que indireta, de todos que possam ser atingidos por seus efeitos (Vale, 2015).

Para Amy Gutmann e Dennis Thomson, a própria natureza do processo deliberativo demanda a justificação das decisões e, ainda, sua fácil compreensão, já que os seus participantes devidamente informados devem poder dialogar e construir uma solução de forma coletiva, com consideração das razões por todas as partes, a qual, embora vinculante, não será definitiva, mas sujeita às revisões futuras (Gutmann; Thomson, 2007).

Desta forma, em tribunais colegiados é esperado que as decisões sejam construídas a partir de debates e deliberações, ao contrário do que ocorre nos parlamentos, responsáveis por institucionalizar a regra de maioria e, assim, mais sujeitos à barganha e preferências conectadas com interesses privados e dos respectivos eleitores (Mendes, 2013).

Nos parlamentos o objetivo é a manutenção e difusão da ideologia partidária, não existindo a busca de um consenso e, portanto, inexistindo deliberação. A intenção final é vencer e, conseqüentemente, garantir o poder, sendo raríssimos os casos em que os membros de um partido político serão convencidos por argumentos trazidos por seus adversários (Silva, 2013). Assim, traça-se uma distinção entre a deliberação política (em que há um objetivo de vitória do ponto de vista político) e a deliberação judicial, em que há, em tese, um objetivo de obtenção de uma decisão mais qualificada utilizando-se da colegialidade e da argumentação desinteressada.

Sobre esse tema, destaca-se um primeiro grupo que entende que não há compatibilidade entre a atuação do legislador e a do julgador, na medida em que a deliberação só existe em um momento anterior à formação da lei, sendo a aplicação posterior de forma imediata, automática e sem reflexão ou debate. Por sua vez, um segundo grupo, em uma

objeção mais elaborada, também defende a ideia de deliberação no processo de discussão sobre a lei, mas sob argumento diverso, qual seja, a ideia de razões legais que preexistem e impedem a deliberação sobre sua aplicação, não devendo ser reacendido o debate pré-jurídico (Mendes, 2013).

É o que defendem os positivistas, como Joseph Raz, assim citado pelo autor:

Joseph Raz elabora sua versão do positivismo nesses termos. Para ele, a lei pode estar em desacordo com a deliberação em um sentido muito específico: ela exclui as razões que foram contadas para justificar a promulgação de uma regra no debate político. Uma vez passado esse “momento decisivo”, essas premissas não estão mais disponíveis para o raciocínio jurídico posterior. A lei facilita a coordenação social e a complexidade exatamente por resolver dilemas antecipadamente e por economizar a deliberação aberta. Os motivos baseados em regras para a ação suplantam, em vez de complementar, os motivos de fundo que podem ter sido essenciais para a promulgação da regra. Portanto, ao lidar com a lei, é preciso evitar a “contagem dupla” (Mendes, 2013, p. 56, tradução nossa)²³.

Por sua vez, para os não positivistas há uma conexão entre lei e moral, de modo que não seria passível de defesa a separação proposta pelos positivistas. Para eles, especialmente a ideia de integridade de Ronald Dworkin e a pretensão de correção de Robert Alexy, representam uma limitação ao conteúdo das regras jurídicas e um dever de construção correta do direito.

A pretensão de correção atribui ao direito, portanto, um caráter ideal que desautoriza todos os positivismos que definem o ordenamento jurídico como mera facticidade ou expressão do poder ou autoridade. Essa dimensão ideal do direito serve de fundamento para um princípio geral de moralidade que é válido como norma jurídica implícita em todas as Constituições jurídicas. Junto à pretensão de correção, reconhece-se dessa maneira uma norma pragmaticamente pressuposta que estabelece um dever (ainda que seja um dever-ser ideal) de construir e aplicar corretamente o direito. Por essa via pode-se justificar o princípio da moralidade como um princípio geral do direito que é válido para todos os ramos ou setores do ordenamento jurídico e independe de qualquer formulação expressa. Esse princípio, enquanto tal, funciona como um mandado de otimização que, ao mesmo tempo, se irradia sobre o campo da teoria da argumentação (pois atua como uma metanorma ou regra de argumentação para interpretar e aplicar corretamente o direito positivo) e estabelece um dever jurídico *prima facie* – tendo em vista o seu caráter de “princípio jurídico”, ou seja, de “norma que ordena que algo seja realizado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 1997-b, p. 86) – de que as normas e decisões jurídicas em geral sejam moralmente corretas (Bustamante, 2007, p. 138).

²³ No original: Joseph Raz elaborates his version of positivism on these terms. For him, law may be at odds with deliberation in a very specific sense: it excludes the reasons that were counted to justify the enactment of a rule in the political debate. Once this “decisive moment” has passed, those premises are not available for further legal reasoning anymore. Law facilitates social coordination and complexity exactly by settling dilemmas in advance and by economizing open-ended deliberation. The rule-based reasons for action supplant rather than supplement the background reasons that may have been pivotal for enacting the rule. Thus, when dealing with law, one needs to avoid “double counting.”

Porém, mesmo os positivistas reconhecem que os julgadores não são máquinas e suas decisões não devem ser baseadas em um poder sem medida ou mesmo arbitrário, existindo uma disciplina racional, dentro ou fora da lei, que constrange a formação das decisões (Mendes, 2011).

Assim, se percebe que tanto para os autores positivistas quanto não positivistas subsiste o anseio da busca da solução adequada para casos fáceis ou difíceis de forma não arbitrária, seja ela baseada em regras estritamente jurídicas ou por meio da construção de soluções argumentativas, não sendo adequado a distinção pela possibilidade ou não de deliberação, mas tão somente sobre sua medida (Mendes, 2013).

Nesse sentido, entende-se que não há óbice que separe a lei da deliberação, como a ideia de politização do direito, sendo impraticável a vivência sob sua égide sem que haja um envolvimento de forma discursiva com ela.

Do mesmo modo que a lei é inerentemente deliberativa, para Mendes o julgamento colegiado também deve sê-lo, embora ressalte que o tribunal colegiado, por si só, não seja um órgão deliberativo.

Independente da existência de uma deliberação de fato, Mendes (2013) defende quatro razões justificatórias para a adoção de tribunais colegiais em detrimento de julgamentos feitos por juízes singulares, sendo a primeira delas a despersonalização do julgamento, o qual representaria uma decisão única e impessoal da instituição. Uma segunda razão seria funcionar como um mecanismo de evitabilidade de concentração de poderes nas mãos de um único julgador, bem como permitir que decisões pouco políticas sejam tomadas de forma mais conveniente e sem a pressão que um julgador sozinho sofreria. Em terceiro lugar estaria a ampliação do debate, quando um órgão colegiado expressaria melhor a vontade da norma. Por fim, há um raciocínio matemático lógico, na medida em que o maior número de membros de um tribunal colegiado representaria uma melhor análise do caso concreto e a construção de uma solução mais adequada.

É notório, portanto, o engajamento teórico sobre a importância da organização e do aprimoramento do desempenho deliberativo dos Tribunais, de modo a fortalecer a sua legitimidade constitucional e ampliar a tutela de direitos fundamentais. Há, assim, uma forte preocupação com o processo de tomada de decisões pelas Cortes colegiadas e formação de um consenso institucional.

Conrado Hübner defende, no entanto, uma análise cuidadosa sobre a atividade deliberativa, especialmente sobre suas consequências, pois não deve ser entendida de forma acrítica ou como a cura para todos os males. Não obstante a deliberação seja desejável e ajude

a reduzir o dissenso e a trazer uma percepção de pertencimento, pode haver casos em que, por razões concretas, seja melhor não deliberar por não ser a solução apropriada ou, ainda, pela prevalência de práticas não deliberativas, embora legítimas. Para isso, propõe a realização de três testes, os quais permitem a identificação de contextos favoráveis à deliberação. O primeiro deles pressupõe a possibilidade de sua realização e real interesse dos participantes, que além da intenção de convencer, precisam estar abertos a serem convencidos, de forma tolerante, civilizada e pautada em condutas éticas. O segundo teste indica que a deliberação não deve ser aplicada caso não haja controvérsia que a justifique. Já que não há disputa argumentativa sobre determinado tema, seria inútil insistir sobre seu alcance e definição. Por último, a depender do contexto, uma decisão rápida tem valor pelo simples fato de ser rápida, na medida em que o adiamento e indecisão poderia privilegiar o *status quo*, o que não é desejável em termos de justiça (Mendes, 2013).

Os testes mencionados, portanto, indicam quando a deliberação deve prosseguir, pois tem mais benefícios que contraindicações ou quando, por prudência, deve ser prudente adiá-la.

A deliberação funciona, portanto, como procedimento para, antes de mais nada, se informar, sendo bastante evidente que uma decisão construída a partir da coleta de informações que outros membros tiveram acesso, bem como qual a opinião de cada um sobre o tema, será capaz de produzir um resultado mais adequado, com soluções construídas coletivamente (Silva, 2013).

Ainda analisando a teoria de Mendes, importante destacar seu modelo de três camadas que indica quão deliberativo é um determinado Tribunal. A primeira camada representa o que ele chama de núcleo central (*core meaning*), uma segunda denominada facilitadores (*facilitators*) e uma terceira que representa os limites do desempenho deliberativo (*hedges*) (Mendes, 2013, p. 104).

A primeira camada corresponde à análise do comportamento e comprometimento deliberativo do tribunal, o que é feito a partir da identificação dos deliberadores, como essa deliberação funciona, quem tem maior poder de fazer valer suas decisões e as etapas pertinentes. Além do mais, aponta os objetivos e valores envolvidos no processo deliberativo em questão. A segunda camada diz respeito aos incentivos comportamentais de atores sociais e políticos que deflagram ou dificultam a deliberação. Não diz respeito à deliberação em si, mas sobre quais assuntos e quais procedimentos serão adotados em relação aos temas objeto da deliberação. Por fim, a terceira camada delinea os limites da atividade deliberativa, sobre o que um Tribunal pode deliberar, levando em consideração as restrições impostas pela lei e também pelas circunstâncias e forças políticas envolvidas (Mendes, 2013).

Tem-se que as camadas são interligadas e, analisadas isoladamente, não indicam que a deliberação está apta a acontecer.

Enquanto o significado central, unido pelas bordas, corresponde à factualidade do desempenho deliberativo, os facilitadores apontam para sua potencialidade. As duas primeiras categorias ajudam a avaliar se o resultado produzido por uma instituição foi, de fato, deliberativo, enquanto a última revela o provável conjunto de agentes causais correlatos (Mendes, 2013, p. 104, tradução nossa)²⁴.

Segundo Conrado Hubner Mendes, o processo decisório realizado por uma corte deliberativa manifesta-se em três ocasiões distintas e consecutivas, quais sejam, as fases pré-decisional, decisional e pós-decisional. A primeira fase tem início a partir de um caso formal colocado para análise, ou seja, o litígio concreto que deve ser decidido. Sua característica principal é a contestação pública, onde há uma direta interação da corte com seus interlocutores. Há, assim, um envolvimento entre os atores, na medida em que as partes e também terceiros esboçam suas razões e argumentos, na intenção de contribuir ou influenciar a decisão que será construída, enquanto a corte atentamente considera as alegações trazidas e as canaliza da melhor forma possível. A segunda fase é denominada fase decisional e não conta mais com a participação dos interlocutores, na medida em que haverá uma interação entre os julgadores na busca de considerar todas as informações coletadas, construir a melhor resposta jurídica e buscar o consenso possível ou, pelo menos, o mínimo dissenso. Nesta etapa, não se busca necessariamente a unanimidade ou o convencimento dos pares a qualquer custo, mas sim um compromisso leal de estímulo ao debate e reflexão sobre todos argumentos que foram ou poderiam ter sido expostos, evitando assim um déficit deliberativo, considerando fontes diversas e que fomentem o debate e a construção da melhor decisão possível para o caso. Por fim, a terceira fase envolve a decisão deliberativa por escrito, cujo objetivo principal é informar a decisão tomada. Nesse ponto, uma decisão deliberativa é “o produto de um esforço sincero de lidar com todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível” (Mendes, 2012, p. 11) e representará uma reafirmação do compromisso colegial (Mendes, 2013).

Esta decisão pode ser obtida por meio de uma única voz, denominado modelo *per curiam* onde há a construção de uma decisão única pela corte, sem indicação dos votos

²⁴ No original: Whereas the core meaning, joined by the hedges, corresponds to the actuality of deliberative performance, the facilitators gesture to its potentiality. The two former categories help to appraise whether the outcome produced by an institution was, as a matter of fact, deliberative, whereas the latter reveals the likely set of correlative causal agents.

divergentes, o que garante uma maior impessoalidade e legitimidade institucional ou, ainda, por meio do modelo *seriatim*, com indicação seriada de todos os votos integrantes da corte.

O termo *per curiam* significa “pelo tribunal” e representa decisões formatadas e publicadas como expressão unívoca da corte, sem destaque para eventuais posições individuais que tenham surgido no debate. A redação representa o posicionamento institucional e é encarregada a um dos julgadores qualificado com esta função de relator ou redator, embora não seja atribuída a ele a autoria, mas sim ao órgão colegiado como um todo. Trata-se de um modelo relacionado a uma deliberação realizada de forma secreta ou a portas fechadas, o que implica a ocultação de todas discussões que tenham surgido nos momentos deliberativos, de forma que o texto final produzido reflita apenas o posicionamento oficial da corte, considerada em sua unidade institucional (Vale, 2015).

Trata-se do modelo adotado na Alemanha, Espanha, Itália e também França, embora com algumas peculiaridades em cada sistema. O modelo francês adota um texto único, em caráter estritamente impessoal, que representa a decisão do tribunal enquanto órgão colegiado, sem que se perceba nenhum traço de manifestação individual dos julgadores nem mesmo da forma ou conteúdo dos debates que precederam o julgamento, não possibilitando a apresentação de votos ou argumentos dissidentes. Por outro lado, os sistemas alemão e espanhol também adotam o modelo de decisão impessoal, que é assinado por todos os magistrados participantes da decisão (mesmo aqueles que com ela não concordaram), entretanto, este modelo, ao contrário do francês, permite a formulação de votos dissidentes que serão publicados junto com o voto vencedor, a fim de que a comunidade jurídica tenha conhecimento da argumentação que foi apresentada em sentido contrário. Assim, os modelos alemão e espanhol mostram-se menos rígidos do que o francês (Vale, 2015).

A Suprema Corte norte-americana, em seus primeiros anos de funcionamento enunciava as decisões de forma seriada, mas quando John Marshall se tornou Chief Justice, passou a adotar a exposição de seus posicionamentos por meio de uma *single opinion*, que representava a opinião da maioria da corte (*opinion of the Court*). Embora tal prática tenha sido visualizada em julgados anteriores, foi Marshall que consolidou o procedimento de valorização de uma unidade institucional, por meio da busca de posicionamento único da corte dotado de uma *ratio decidendi*, sendo esta reconhecida como um de seus grandes feitos históricos. No entanto, os Justices que desejam anunciar posicionamentos divergentes em relação à maioria nunca foram impedidos de fazê-lo em votos separados (*separate opinions*), o que prevalece até os dias de hoje. O elevado crescimento de opiniões e votos dissidentes, especialmente na história recente da Suprema Corte, suscitou questionamentos sobre um

possível retorno ao modelo *seriatim*, mas entende-se ainda expressam a minoria das decisões emanadas, sendo o modelo praticado ainda o *per curiam* (Vale, 2015).

O termo *seriatim* significa texto composto e representa uma decisão construída a partir uma agregação de votos diversos, os quais são expostos de forma seriada, mas sem a preocupação de produção de um texto final, cuja razão de decidir expresse o posicionamento institucional do órgão colegiado, de forma unívoca e impessoal. Nestes casos, é árdua a tarefa, se é que possível, de identificação do mínimo comum dentre os argumentos individuais trazidos e do fundamento determinante da decisão do tribunal. Diferente do anterior, há uma relação com os modelos de deliberação aberta ou pública, com exposição individual dos votos por cada um dos membros julgadores, como se verifica nos órgãos colegiados do *Common Law* e também no Brasil (Vale, 2015).

O modelo de decisão *seriatim* corresponde à tradição dos órgãos judiciais colegiados do *Common Law* (*The Common Law Courts*), como, por exemplo, o *King's Bench*, cujas sessões deliberativas ficaram caracterizadas pelo pronunciamento “em série” (*seriatim*) dos discursos (*speech*) individuais de cada juiz, os quais eram dessa forma consignados nos textos das decisões destinados à publicação (*published reports*). O costume britânico de proferir e publicar decisões na forma de *seriatim opinions* foi incorporado pela Câmara dos Lordes (*House of Lords*), que, no exercício da função judicial pela *Law Lords* – ressalte-se, sempre considerada não muito distinta daquela exercida por um organismo legislativo, como é a *House of Lords* – por muito tempo manteve a prática de se manifestar através do conjunto das decisões individuais de cada juiz, as *opinion of the Lords* (Vale, 2015, p. 115-116).

Sobre o tema, Hübner Mendes observa que a categorização de um órgão julgador como deliberativo não depende unicamente do modelo adotado, uma vez que há situações que podem justificar a utilização de ambos formatos (Mendes, 2013)

O autor ressalta, no entanto, a existência de decisões *seriatim* deliberativas e não deliberativas, assim como decisões *per curiam* deliberativas e não deliberativas. Uma decisão *seriatim* sem deliberação representaria uma desvalorização completa da instituição, com a construção de uma decisão a partir de uma mera soma de opiniões individuais, desprovidas de coerência argumentativa e debate que se espera de um órgão colegial. A decisão *per curiam* não deliberativa, embora seja despersonalizada, na medida em que há uma opinião única representativa do posicionamento institucional, não se preocupa em responder aos argumentos trazidos pelos interlocutores. Já as decisões *seriatim* e *per curiam* deliberativas atendem aos ideais de engajamento colegiado, diferindo tão somente pela forma de enunciação do resultado, que pode ser, como já salientado, por um voto único ou indicação seriada de cada um dos votos proferidos no julgamento (Mendes, 2013).

Analisando a realidade brasileira e as decisões construídas pelas cortes superiores, embora na maioria dos casos seja possível identificar uma conclusão comum, não se verifica uma justificção formal explícita e suficiente para indicar o posicionamento institucional acerca de determinado tema, estando diante de uma decisão *seriatim* não deliberativa. Esse déficit deliberativo gera alguns problemas, especialmente ao se considerar que dificulta, quando não impede, a identificação das razões de decidir (*ratio decidendi*) e a adoção de um sistema de padronização decisória.

As sessões plenárias STF, por exemplo, são públicas, gravadas e transmitidas na televisão, muitas vezes ao vivo. Assim, não há deliberação prévia ou reunião entre os ministros, sendo o processo de tomada de decisão meramente agregador. Cada julgador escreve seu voto e todos são publicados, ainda que a decisão seja tomada de forma unânime, de modo que temos onze votos escritos, sendo que as únicas construções realmente coletivas são a ementa e disposições operacionais do acórdão. Quando começa a sessão plenária, há uma mera leitura das opiniões escritas, sem deliberação, ocorrendo no máximo um reforço ou rejeição dos argumentos apresentados (Silva, 2013).

Assim, em uma breve análise da realidade existente no Supremo Tribunal Federal, nos deparamos com onze ilhas, onde não há razões compartilhadas pela maioria dos julgadores ou uma deliberação genuína. A ideia de argumentos “do tribunal” apenas existem como metáfora e sempre expostos de forma obscura, refém de idiosincrasias enciclopédicas e vaidades de cada um dos ministros (Mendes, 2010).

Sobre o tema, ensina Conrado Hübner Mendes:

Os juízes estão constringidos pelo sistema político que os circunda. Pensar no papel do juiz exclusivamente a partir de regras de interpretação teria criado uma grande miopia cognitiva. Há muitos outros elementos que limitam o seu poder. Friedman os chamou de “círculos concêntricos de influência”. Quatro seriam os níveis principais, que se combinam de maneira peculiar em cada situação: primeiro, o juiz está imerso em uma interação estratégica com outros juízes dentro de um colegiado (espaço em que não há apenas deliberação ou agregação, mas também barganhas e acomodações); segundo, pelas pressões impostas por instâncias inferiores do judiciário; terceiro, pelos outros poderes; e, finalmente, pela opinião pública. Diferentes são os incentivos para atentar-se a cada um desses limites. Credibilidade institucional, reputação e risco de desobediência são os principais deles. Correspondem a constringimentos que juízes necessariamente enfrentam, e que teorias da interpretação ignoram (Mendes, 2011, p. 135-136).

A ausência de deliberação e aderência automática ao voto do relator, muito comuns nesses julgamentos, gera frequente contradição entre os votos proferidos, com ausência de coerência argumentativa, já que inexistente qualquer diálogo pluripessoal.

Analisando a realidade da Suprema Corte norte-americana, Jeremy Waldron (2005) faz importante crítica à forma como os tribunais constroem as decisões, afirmando que, assim como os órgãos legislativos, o objetivo principal é apenas formar a maioria, pouco importando os argumentos trazidos pela minoria, sendo as razões apresentadas apenas por uma exigência formal e procedimental, mas que nada influi para os verdadeiros arranjos institucionais construídos.

Sempre me intrigou o fato de que os tribunais tomam suas decisões por meio de votação, aplicando o princípio da DM (decisão majoritária) a seus escassos números. Sei que eles produzem razões e tudo o que discutimos acima. Mas, no final, tudo se resume a uma contagem de cabeças: cinco votos derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, independentemente dos argumentos que os juízes tenham inventado. Se o DM for questionado nesse contexto, podemos responder a ele mais ou menos da mesma forma que imaginamos uma resposta em nome das legislaturas? Na verdade, não, não podemos. A DM é apropriada para pessoas que têm a pretensão moral de insistir em serem consideradas iguais em algum processo de decisão. Mas não consigo ver nenhuma base moral para essa reivindicação no caso dos juízes da Suprema Corte. Eles não representam ninguém. Sua reivindicação de participação é funcional, não uma questão de direito (Waldron, 2005, p. 1391-1392, tradução nossa)²⁵.

Na linha dos autores já citados e também a partir desta crítica de Waldron, para quem há uma espécie de superestimação das condutas deliberativas dos tribunais, quando em verdade prevalece, quase sempre, uma mera soma aritmética de votos, percebe-se que é exatamente esta ausência de interação e mera junção de posicionamentos singulares que vemos no STF, o que trará implicações diretas na adoção de um sistema de precedentes.

Nesse diapasão, a legitimidade constitucional dos precedentes depende não apenas de um procedimento formal, com participação qualificada das partes e abertura para oitiva de terceiros interessados e especialistas no tema, exige também uma deliberação especialmente qualificada, com observação de todos os argumentos trazidos pelas partes envolvidas e com uma efetiva colegialidade. Assim, será possível enfim a identificação dos fundamentos determinantes da decisão, as quais poderão ser adequadamente aplicadas em decisões futuras (Câmara, 2018).

²⁵ No original: I have always been intrigued by the fact that courts make their decisions by voting, applying the MD principle to their meager numbers. I know they produce reasons and everything we discussed above. But in the end it comes down to head-counting: five votes defeat four in the U.S. Supreme Court, irrespective of the arguments that the Justices have concocted. If MD is challenged in this context, can we respond to it in roughly the same way that we imagined a response on behalf of legislatures? Actually, no, we cannot. MD is appropriate for persons who have a moral claim to insist on being regarded as equals in some decision-process. But I cannot see any moral basis for this claim in the case of Supreme Court Justices. They do not represent anybody. Their claim to participate is functional, not a matter of entitlement.

Trata-se, como já salientado, de mecanismo que garante a unidade do direito e promove a igualdade, sendo indispensável que um Estado Constitucional comprometido com a promoção de direitos fundamentais garanta também uma ordem jurídica estável e com ao menos certo grau de previsibilidade.

A possibilidade de uma decisão ser universalizada garante a construção de processos igualitários, com o cuidado, no entanto, de se entender essa igualdade não em um modelo reducionista, subdividido em igualdade formal e material. Prefere-se a compreensão do termo como um conceito aberto, indeterminado, analisado em um momento histórico e relacionado à ideia de progressividade de direitos fundamentais, proibição de discriminação e preocupação com a inclusão do outro (Alves, 2016), como será melhor abordado nos capítulos seguintes.

2 A PERSPECTIVA DE GÊNERO NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS

2.1 Mulheres, feminismos e a interseccionalidade

O feminismo, enquanto movimento politicamente organizado, possui uma história relativamente recente. A aglutinação de mulheres no que posteriormente viria a ser constituído como movimento feminista, remonta ao final do século XIX, quando se iniciaram as lutas pelo direito ao voto e à participação política, no que ficou conhecido como movimento sufragista. Esta mobilização inicial é apontada como movimento da primeira onda, que enfatizava em suas demandas os direitos civis e políticos (Miguel; Biroli, 2013).

A segunda onda do movimento feminista surge na metade do século XX, tendo como marco teórico fundamental a publicação do livro *O segundo sexo*, da filósofa francesa Simone de Beauvoir no ano de 1949. A partir dos postulados de Beauvoir, que questionava o senso comum de que as categorias “homem” e “mulher” fossem condicionadas inexoravelmente pelo sexo biológico foi possível avançar academicamente no conceito de gênero enquanto construção social (Beauvoir, 1975). A segunda onda do movimento feminista enfatiza, principalmente, igualdade social e econômica das mulheres.

A terceira, e atual onda, do movimento feminista, inicia-se por volta da década de 80 do século passado e a sua principal característica é o pluralismo e as diferentes abordagens das questões de gênero. A unidade do feminismo é fragmentada, reconhecendo-se que a unidade do conceito de mulher oculta muitas diferenças entre as mulheres, que não sofrem os impactos da desigualdade de gênero da mesma forma. Assim, nesta terceira onda, temos os feminismos negros, os feminismos do terceiro mundo, o feminismo comunitário, o feminismo trans, o feminismo radical, o feminismo jurídico, cada subdivisão realizando as suas abordagens a partir de diferentes pontos de vista e categorias de análise, notadamente a partir da densificação do conceito de interseccionalidade de análise das múltiplas desigualdades de gênero (Calil; Markmann, 2020).

Assim, a violência contra a mulher, que até então não era uma pauta relevante e sequer mencionada em convenções internacionais, surge como temática unificadora dos movimentos feministas do “sul” e do “norte”, na medida em que a partir dos esforços acadêmicos e das ativistas orgânicas, buscou-se a construção de um entendimento comum sobre a forma de afetação universal das mulheres pela violência, ainda que esta assumia diferentes formas de concretização, estupros nos EUA, enfaixamento dos pés na China, morte para não pagar o dote na Índia, ou violência doméstica no Brasil, por exemplo (Keck; Sikkink, 2014).

A partir da construção teórica que permitiu unificar estas formas de abusos sofridos pelas mulheres em um denominador comum de “violência contra a mulher” foi possível criar pontes entre as diversas correntes do movimento feminista, transformar a questão da violência contra a mulher em uma temática central e, posteriormente, vincular a luta pelos direitos das mulheres à luta dos direitos humanos em geral, com atuação dentro dos organismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como ONU, OEA, UE, etc. (Keck; Sikkink, 2014).

Nesse sentido, verifica-se que as cortes internacionais rapidamente incorporaram as demandas das teorias feministas em seus julgados, ampliando e determinando (com o grau de coercibilidade possível) que os estados não incrementassem a proteção normativa da mulher em seus ordenamentos nacionais, seja no que concerne à questões de desigualdade e discriminação quanto acerca da violência contra a mulher na forma preventiva e repressiva (Engle, 2019).

Necessário ressaltar, porém, que estas ondas não são estanques, de modo que ainda hoje perduram as lutas por direitos civis e políticos, seja porque em alguns países as mulheres ainda não obtiveram a plenitude dos seus direitos do ponto de vista formal, seja porque mesmo nos países em que isto aconteceu, as mulheres ainda estão muito longe do mesmo nível de participação política e acesso a determinados cargos políticos que os homens. Da mesma forma, as lutas iniciadas na segunda onda também estão longe de terminar, haja vista que a igualdade social e econômica das mulheres, mesmo nas sociedades com elevado grau de desenvolvimento, ainda pode ser percebida como utopia no horizonte. Assim, a divisão do histórico do feminismo em ondas possui uma função eminentemente didática e ilustrativa (Miguel; Biroli, 2013).

Assim, verifica-se que, em verdade, há vários feminismos, cada um com suas próprias metodologias, perspectivas teóricas, muitas semelhanças, mas também diferenças, não sendo, porém, objetivo do presente trabalho este aprofundamento.

No entanto, o presente estudo parte de uma perspectiva decolonial²⁶ interseccional, já que no Brasil, marcado por um passado colonial, autoritário e com uma democratização tardia, identifica-se um lento avanço para ruptura real do binômio sexual. Embora haja uma aparente

²⁶ Para Anibal Quijano a colonialidade é uma forma de estruturação da realidade moderna em todas as suas formas (científica, econômica, política, racial, de gênero) que coloca a Europa e os seus valores civilizacionais como centrais, sendo certo que, para esta perspectiva, o europeu ocidental é o ápice de uma trajetória civilizatória, e tudo aquilo que não é europeu é hierarquizado e classificado em sua função dos valores dominantes (quanto mais próximo, melhor e quanto mais distante pior). A perspectiva decolonial, proposta por Quijano e outros autores, como Walter Mignolo, é uma proposta de inversão desta forma de ver o mundo, analisando todas as categorias estruturantes da realidade, notadamente as latino-americanas e africanas, em si, e não como “o outro” de uma Europa ocidental. de forma a romper com este paradigma (Quijano, 2005).

liberdade, novas formas de exploração de mulheres, especialmente as trabalhadoras, negras, imigrantes e refugiadas, intensificada por uma feminização da pobreza e sub-representação nos espaços de poder, tem-se como necessária uma reflexão crítica e busca por uma proposta sobre uma proposta “multidimensional, igualitarista, cosmopolita e democrática de justiça com enfoque de gênero” (Nielsson, 2019, p.168).

Nesse contexto, de grande contribuição os debates sobre discriminações interseccionais, as quais atingem as mulheres de forma quase imperceptível, naturalizando-se as formas de opressão, desempoderamento e subjugação feminina, as quais são vistas, muitas vezes, como um fato da vida ou cultural (Crenshaw, 2002).

Kimberlé Crenshaw desenvolve a temática da interseccionalidade de forma bastante aprofundada e, para ela, além do gênero há outros fatores que operam na subjugação e violação dos direitos humanos das mulheres como a classe e a sexualidade.

A associação de sistemas múltiplos de subordinação tem sido descrita de vários modos: discriminação composta, cargas múltiplas, ou como dupla ou tripla discriminação. A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento. Utilizando uma metáfora de intersecção, faremos inicialmente uma analogia em que os vários eixos de poder, isto é, raça, etnia, gênero e classe constituem as avenidas que estruturam os terrenos sociais, econômicos e políticos. É através delas que as dinâmicas do desempoderamento se movem. Essas vias são por vezes definidas como eixos de poder distintos e mutuamente excludentes; o racismo, por exemplo, é distinto do patriarcalismo, que por sua vez é diferente da opressão de classe. Na verdade, tais sistemas, frequentemente, se sobrepõem e se cruzam, criando intersecções complexas nas quais dois, três ou quatro eixos se entrecruzam. As mulheres racializadas frequentemente estão posicionadas em um espaço onde o racismo ou a xenofobia, a classe e o gênero se encontram. Por consequência, estão sujeitas a serem atingidas pelo intenso fluxo de tráfego em todas essas vias. As mulheres racializadas e outros grupos marcados por múltiplas opressões, posicionados nessas intersecções em virtude de suas identidades específicas devem negociar o ‘tráfego’ que flui através dos cruzamentos. Esta se torna uma tarefa bastante perigosa quando o fluxo vem simultaneamente de várias direções. Por vezes, os danos são causados quando o impacto vindo de uma direção lança vítimas no caminho de outro fluxo contrário/ em outras situações os danos interseccionais ocorrem – as desvantagens interagem com vulnerabilidades preexistentes, produzindo uma dimensão diferente do desempoderamento (Crenshaw, 2002, p. 177).

A partir dessa ideia, raça, sexualidade e classe são categorias articuladas historicamente e que, portanto, devem ser analisadas de forma conjunta e não de forma hierarquizada e ditada por preconceitos. A colonialidade, que não se confunde com a

colonização, é perpetuada nas relações sociais, especialmente a partir da invisibilidade de lutas, memórias de mulheres e povos colonizados, sendo imperiosa uma reflexão sobre as estratégias trazidas pelo feminismo hegemônico que desconsidera os privilégios da branquitude euro-norte-americana. A interseccionalidade abarca todas essas categorias ligadas e também outras, se voltando para questões trazidas a partir das relações coloniais, cujo foco é a denúncia à violência sistêmica e a análise sobre como o racismo, sexismo e etnicismo ainda saturam as relações de poder e dominação, mesmo que os regimes políticos subjacentes não mais existam (Vergès, 2020).

Em artigo seminal Maria Lugones (2013) propõe um giro epistemológico nas teorias feministas ao somar os contributos analíticos da interseccionalidade, a partir da realidade das mulheres negras dos Estados Unidos e as análises levadas a termo por Aníbal Quijano acerca da colonialidade do poder, notadamente da Europa em relação às Américas. O fundamental aqui é que, segundo Quijano (2005), a colonialidade, mais do que uma mera característica da sociedade, funciona como forma de organização e estruturação da sociedade mesma, de modo que situações como o racismo, a desigualdade e a violência de gênero, bem como a exploração econômica devem ser pensadas dentro do contexto da colonialidade, pois dela fazem parte e a retroalimentam.

A análise proposta por Lugones é importante, pois coloca a lume que entre as categorias analíticas “mulher” e “negro” há algo em uma espécie de limbo que é a mulher negra, ocupando um entre-lugar dentro dos espaços da colonialidade (MIÑOSO, 2020). Desta forma, indispensável para pensar o conceito de gênero que se tome em consideração as categorias analíticas do feminismo decolonial, as quais propõem um aprofundamento crítico das teorias feministas “tradicionais”.

Judith Butler (2002), ao argumentar a importância da compreensão do ‘sujeito’ para a política, especialmente a feminista, bem como o seu processo de construção pelas agências de poder que definem e produzem o que pretendem representar, escreve sobre a indispensabilidade da análise interseccional:

Se alguém “é” uma mulher, isso certamente não é tudo o que ela é; o termo não é exaustivo, não porque uma “pessoa” pré-gênero transcende a parafênalia específica do seu gênero, mas porque o gênero nem sempre é constituído de forma coerente ou consistente em diferentes contextos históricos, e porque o gênero se cruza com aspectos raciais, de classe, étnicos, sexuais, e modalidades regionais de identidades discursivamente constituídas. Como resultado, torna-se impossível separar o “gênero” das intersecções políticas e culturais nas quais ele é invariavelmente produzido e mantido (Butler, 2002, p.6, tradução nossa)²⁷.

²⁷ If one “is” a woman, that is surely not all one is; the term fails to be exhaustive, not because a pregendered.

Para a autora, a necessidade de reversibilidade das formas de subjugação da mulher pressupõe a intersecção movimentada, onde os vetores de diferença se sobrepõem e abrem interstícios, os quais são, além de abstrações desconstrucionistas, “o produto, o material e os efeitos simbólicos dos desequilíbrios históricos” (Costa, 2002, p. 81).

Nessa conjuntura, verifica-se a importância das leituras que apontam o gênero como objeto necessário de análise no sistema de justiça brasileiro.

As temáticas relativas ao gênero obtiveram inegável relevo nas primeiras décadas do século XXI, tanto por aqueles que defendem os postulados teóricos dos estudos feministas, quanto por aqueles que, pelos mais diversos motivos, a eles se opõem. Assim, o sistema de justiça não se mostra mais alheio ou indiferente às questões propostas pelos movimentos feministas, que demonstram que o gênero é uma categoria de análise absolutamente relevante e que deve ser tomada em conta em todas as situações da vida em sociedade, incluindo a atuação do sistema de justiça.

Todavia, conforme ressaltado por Ela Wiecko e Carmen Hein (2018), não basta o conhecimento das teorias de gênero ou mesmo a boa vontade e o interesse de fazer uma utilização prática de seus postulados, é necessário, por parte dos atores do sistema de justiça, um conhecimento da realidade social, cultural e jurídica de cada país, compreendendo e diagnosticando as barreiras que impedem um acesso igualitário das mulheres à justiça a fim de romper com a denominada “cegueira de gênero” dos atores jurídicos às questões atinentes ao acesso feminino ao sistema de justiça.

2.2 Perspectiva de gênero no sistema de justiça e o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero proposto pelo Conselho Nacional de Justiça

Preliminarmente, entende-se por perspectiva de gênero a consideração de que homens e mulheres possuem uma relação desigual construída socialmente, marcada pelo patriarcado e dominação masculina (Castilho, 2008).

Fabiana Severi (2016) salienta que a adoção dessa perspectiva de gênero é uma obrigação internacional assumida pelo Brasil ao ratificar tratados internacionais e

“person” transcends the specific paraphernalia of its gender, but because gender is not always constituted coherently or consistently in different historical contexts, and because gender intersects with racial, class, ethnic, sexual, and regional modalities of discursively constituted identities. As a result, it becomes impossible to separate out “gender” from the political and cultural intersections in which it is invariably produced and maintained.

interamericanos de direitos humanos das mulheres, mas que ainda há uma distância enorme entre a previsão formal de tais direitos e a forma como as mulheres são tratadas quando buscam o sistema e justiça. Identifica-se que os estereótipos de gênero se perpetuam e as mulheres são vistas sempre com desconfiança e descrédito de seus relatos ou crenças de que há interesses obscuros por trás, como vingança ou obtenção de alguma vantagem. Além disso, salienta que apesar da incansável luta pela igualdade entre os gêneros, é importante questionar a ideia de cidadania universal, já que o sistema é organizado por um paradigma humano sexista, representado pelo homem médio branco, heterossexual, sendo este o parâmetro de orientação dessa igualdade.

Todavia, qual o sentido de igualdade que estamos buscando construir ao defender o reconhecimento, o exercício e o gozo de direitos às mulheres? Uma das principais críticas do feminismo ao direito moderno liberal direciona-se à ideia de cidadania universal que, sob o pressuposto da abstração e imparcialidade, sempre tomou o homem e as características atribuídas ao masculino (branco e heterossexual) como ponto de referência para a sua construção, transformando as mulheres (ou outros grupos subordinados) em diferentes ou invisíveis, ainda que elas sejam a metade da população mundial. Por isso, buscar a igualdade jurídico-formal, entendendo-a como o tratamento semelhante ou idêntico às mulheres em relação aos homens por parte de um direito de matriz androcêntrica, pode servir para acirrar, ainda mais, as desigualdades entre os sexos e/ou gêneros, ao se desconsiderar experiências específicas das mulheres, tentando igualá-las a um padrão já previamente delimitado a partir do masculino (Severi, 2016, p. 583-584).

Assim, embora seja imprescindível a busca por direitos iguais para o combate às formas diversas de discriminação, é importante que haja uma reflexão e crítica dos próprios critérios de valoração e construção desses critérios de subordinação de um grupo particular a outro (Severi, 2016).

Porque o corpo feminino e algumas experiências que são associadas ao feminino são, como regra, valoradas de modo negativo em relação ao que é masculino? Há processos biológicos, como a gravidez, que são associados ao corpo feminino. Mas a significação sobre a gravidez e sobre as consequências que dela podem decorrer para as mulheres no espaço público ou no espaço privado é construída socialmente. Da mesma forma, anular essa diferença (a experiência da gravidez) na construção das normas que regulam, por exemplo, as relações de trabalho seria exigir da mulher gestante que ela se adapte a espaços e instituições que são estabelecidas a partir do modelo masculino. Assim, a igualdade em termos de oportunidades de trabalho só pode ser conquistada se as experiências das mulheres forem levadas em consideração para a formulação dos direitos. Caso contrário, os efeitos dos contratos de trabalho serão prejudiciais às mulheres no período de gestação ou quando são responsáveis por cuidados parentais (Severi, 2016, p. 584).

Parte-se do pressuposto que a atuação dos órgãos julgadores, ao analisar causas em que há questões de gênero ou, ao menos, quando aspectos que dizem respeito ao gênero

feminino de modo central são o cerne do julgamento, é fortemente calcada em estereótipos de gênero. Tal estereótipo, no conceito adotado neste trabalho, significa a visão generalizada, ou preconcebida, sobre determinados atributos, características, qualidades ou papéis sociais que devem ser desempenhados apenas ou um gênero, ou, ao menos, de melhor forma por um do que por outro (Tavares, 2019). Assim, quando se expressa que “as mulheres nasceram para ser mães” ou que “são as cuidadoras naturais”, bem como quando se conclui que “homem não chora” se está a raciocinar com base em estereótipos de gênero na medida em que se toma determinada característica ou papel social e se aplica de forma generalizada em determinado gênero.

Quando os estereótipos de gênero deixam o mundo do senso comum e adentram nos processos judiciais, a partir da visão de mundo dos julgadores, bem como dos demais atores do processo ou de fases anteriores (Polícia, Ministério Público, Advogados) não é difícil imaginar as consequências nefastas que desta situação advêm. Quando os juízes julgam com base em estereótipos de gênero, tendem a interpretar a partir de um ponto de vista negativo os fatos e as leis aplicáveis à causa, substituindo-os por suas opiniões preconcebidas e seus valores pessoais inerentes a sua visão de mundo, comprometendo, em última análise, até mesmo a sua imparcialidade como julgador (Tavares, 2019).

Para Bourdieu (2010) a compreensão das relações sociais que permitem a dominação masculina não podem servir para reificar e naturalizar os mesmos elementos que sustentam as estruturas simbólicas de dominação. Isto ocorre de forma frequente no comportamento – bastante presente em decisões judiciais – de culpabilizar a vítima pela própria situação de inferioridade. Para Bourdieu (2010) o conhecimento sobre as formas simbólicas que permitem a dominação deve ser utilizado para engendrar novas estruturas simbólicas que sirvam de contrapeso à dominação existente. Assim, é fundamental a adoção institucionalizada por parte dos órgãos judiciais, de mecanismos que explicitem a necessidade de uma perspectiva de gênero na atuação de todos os órgãos estatais que compõem o sistema de justiça no Brasil.

Segundo Ela Wiecko e Carmen Hein (2018) a partir da teoria metodológica do ponto de vista de Katherine Bartlett, é necessário, por parte dos atores do sistema de justiça, a adoção da perspectiva de gênero em sua atuação prática profissional, que consiste em sempre tomar em consideração às questões de gênero nos impactos da aplicação do direito em determinado caso concreto. Além disso, é necessário se afastar de regras e pressupostos universalizantes, ancorados em normas neutras que colocam as mulheres em situação de desvantagem.

Para Bartlett, esta atuação profissional com perspectiva de gênero deve ser realizada com o seguinte método:

(1) identificar e desafiar a doutrina jurídica que deixa de fora uma desvantagem para as mulheres e membros de outros grupos excluídos (fazer a “pergunta da mulher”); (2) raciocinar a partir de um ideal em que a resolução jurídica seja uma resposta pragmática a dilemas concretos, em vez de escolhas estáticas entre perspectivas opostas, muitas vezes incompatíveis (raciocínio prático feminista); e (3) buscar insights e perspectivas aprimoradas por meio de engajamentos colaborativos ou interativos com outros, com base em experiências e narrativas pessoais (conscientização) (Bartlett, 2020).

Segundo a autora, a “pergunta pela mulher” tem como função principal desvelar aspectos do direito que, não obstante se escondam sob o manto da neutralidade e objetividade, são profundamente masculinos em sua essência e com objetivos não declarados. A pergunta pela mulher deve funcionar tanto como método jurídico de interpretação e aplicação do direito quanto como fundamento de luta política da “*advocacy*” feminista dentro do direito. Fundamental ressaltar que, não obstante a pergunta pela mulher sempre deva ser feita, eis que funciona como método, nem sempre terá como consequência resultado do julgamento necessariamente favorável aos interesses das mulheres, mas que a sua perspectiva foi considerada de forma prévia (Bartlett, 2020).

Fundamental ressaltar que, não obstante o método se intitule “pergunta pela mulher”, não há a pretensão epistemológica de abarcar o interesse de todas as mulheres sem tomar em consideração a sua raça, a sua classe social ou a sua sexualidade. Sempre que possível a pergunta pela mulher deve atentar para os diferentes interesses subjacentes à categoria de “mulher” e zelar para que os interesses dos subgrupos mais subalternos do gênero feminino sejam contemplados com prioridade. Além disto, parte do método se fundamenta em uma particular desconfiança da utilização de sujeitos demasiado universais como “sociedade” ou “comunidade”, pois é exatamente quando estes entes coletivos são utilizados como fundamento argumentativo é que as decisões estão beneficiando o gênero masculino, utilizando-se destas categorias como escudos argumentativos que ocultam seus reais objetivos (Bartlett, 2020).

Por fim, segundo Bartlett, a verdade obtida em um processo é sempre posicional. Uma vez que cada intérprete e julgador atuará a partir de seu sistema coletivo-individual de verdades no mundo para exercer seu juízo e tomar as suas decisões, as mulheres, em virtude de sua particular posição de subalternidade, conseguem ter uma percepção distinta do que outros atores sociais quando ocupam o mesmo lugar:

Assim como a epistemologia do ponto de vista, a posicionalidade adota um conceito de conhecimento fundamentado na experiência, a qual interage com as percepções atuais do indivíduo de forma a revelar novos entendimentos e ajudá-lo, em cooperação com os outros, a dar sentido a estas percepções. Por conseguinte, por se encontrarem em um lugar de exclusão, as mulheres passaram a “conhecer” alguns aspectos relacionados à exclusão: de um lado, sua sutileza, sua capacidade de se disfarçar como regras e constructos objetivos e sua natureza pervasiva; do outro a dor que pode infligir e a necessidade de mudança que impõe. Esse nível de entendimento permite que se tome decisões acerca de questões difíceis e que se chegue a respostas não arbitrárias (Bartlett, 2020, p. 293).

A capacidade cognitiva do sistema jurídico deve considerar as particularidades e dissensos de uma sociedade pluralista e hipercomplexa e, se o aplicador do Direito ignora sua função sistêmica e ataca a igualdade jurídica complexa entre os indivíduos, além concorrer para um formalismo socialmente inadequado, estabelece uma sobreposição de um sistema moral binário em detrimento de um sistema jurídico de consideração e inclusão (Pereira, 2020).

Dentro dessa perspectiva, deve ser mencionado o *Feminist Judgments Projects* (Projeto de Julgamentos Feministas), que parte de esforços colaborativos de acadêmicas e juristas de diversos lugares do Brasil e do mundo com o intuito de analisar decisões judiciais e reescrevê-las a partir de metodologias e abordagens feministas. A experiência pioneira se deu no Canadá, em 2006, quando acadêmicas, advogadas e ativistas objetivavam mostrar que decisões da Suprema Corte poderiam ter sido escritas com uma preocupação com o gênero e sem reproduzir estereótipos, apesar de não adentrar propriamente no mérito do que ficou decidido. Assim, o projeto tem sido replicado em diversos países, com adequação às suas vicissitudes culturais e jurídicas, como Inglaterra e País de Gales, Irlanda e Irlanda do Norte, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, México, África, Índia, Paquistão, Escócia, mais recentemente, no Brasil, com início no *workshop* realizado em setembro de 2021 pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Nesta oportunidade, tendo como princípio as premissas e desafios encontrados pelos demais projetos, especialmente o inglês, e analisando a grave crise sanitária decorrente da pandemia do coronavírus e também uma crise política em curso, um grupo de mulheres formado por professoras, estudantes e ativistas, identificou a importância das abordagens feministas interseccionais e decoloniais na construção de um pensamento jurídico crítico e que trouxesse, dentre tantos outros objetivos, uma preocupação com a temática de gênero na construção das decisões judiciais (Severi, 2023).

O projeto de julgamentos feministas, ao fazer a reescrita das decisões judiciais, utiliza-se de linguagem e formas disruptivas, valendo-se da técnica da prefiguração, como se a sociedade já estivesse em um estágio que se supõe que deveria estar, com a igualdade de gênero substancial atingida e com as mulheres ocupando os espaços de poder que seria razoável supor que deveriam ocupar, caso o nível de desenvolvimento fosse adequado. Assim, segundo as próprias autoras do projeto brasileiro, um de seus principais objetivos é o de fomentar os compromissos éticos e políticos de juristas com um exercício real de alteridade no olhar julgador (Severi, 2023).

Os julgamentos feministas disputam as relações de poder no campo em que as mulheres têm sido estruturalmente excluídas. Apesar dos números favoráveis de ingresso de mulheres na magistratura, as carreiras jurídicas continuam sendo dominadas pela concepção masculina branca de aplicação do direito, sobretudo nos níveis hierárquicos mais altos do sistema de justiça.⁹³ Se as próprias mulheres e os fundamentos de igualdade entre mulheres e homens têm sido historicamente ignorados nos processos de tomada de decisão da justiça, os movimentos feministas e de mulheres nos ensinaram que temos que recorrer à imaginação política e à ação coletiva. As reescritas de julgamentos erguem as mulheres para que possam ocupar, como iguais, o espaço que as dinâmicas de poder e autoridade têm reservado para os homens brancos. Hunter, McGlynn e Rackley (2010) salientam que o projeto de reescrita de julgamentos em perspectivas feministas é uma intervenção política que busca desafiar a contínua exclusão das mulheres da subjetividade jurídica. Seja como doutrinadoras ou julgadoras que influenciam a jurisprudência dominante, seja como sujeitos de direito, cujas experiências, realidades e conhecimentos deveriam fundamentar a aplicação da lei, as mulheres não têm sido vistas pelo mundo jurídico. Quando reconhecidas, reproduzem os cânones dominantes, ou são segregadas em áreas do saber consideradas tipicamente femininas, como o direito de família, as relações entre gênero e direito ou a violência contra mulheres (Severi, 2023, p. 152-153).

Desta forma, o momento para início do projeto na sua versão brasileira foi o mais adequado possível, na medida em que surgiu ao mesmo tempo em que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero.

Reconhecendo a urgência de um olhar feminista na prestação jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi instado a enfrentar o tema e publicou, em 2021, a partir de estudos desenvolvidos por um Grupo de Trabalho que contou com a participação de representantes da academia e de todos os segmentos da Justiça, o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero que possui, antes de tudo, um efeito simbólico importante de reconhecer que o direito é influenciado pelo machismo, patriarcado, racismo, homofobia e sexismo.

A Resolução n. 492 publicada pelo CNJ tornou obrigatória a adoção do Protocolo em todo Poder Judiciário Nacional bem como determinou aos Tribunais a capacitação permanente sobre a temática de gênero, direitos humanos, raça e etnia. Além disto, com o intuito de

reforçar a necessidade de observância do Protocolo, determinou a criação de um Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário, em caráter nacional e permanente (CNJ, 2023).

A criação do Protocolo segue recomendação do Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) das Nações Unidas. Segundo o CEDAW os estereótipos e preconceitos que recaem sobre as mulheres na atuação do sistema de justiça, em particular do Poder Judiciário, são fatores que impedem ou dificultam sobremaneira o pleno exercício da cidadania e dos direitos humanos pelo gênero feminino. Assim, com a criação e adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, o Brasil alinha-se a diversos outros países da América Latina como México, Chile, Bolívia e Uruguai, que já contam com um documento similar em vigor (CNJ, 2021).

Considerando que o objetivo do Protocolo é o de servir de guia para a atuação prática de magistradas e magistrados que, em princípio, não possuem sólida formação acadêmica em estudos de gênero, traz noções básicas sobre sexo, gênero, identidade de gênero e manifestações das identidades de gênero a partir da sexualidade. Após, discorre acerca das desigualdades estruturais de gênero e como estas se manifestam em uma desigual distribuição de poder entre os gêneros na sociedade, bem como a interseção desta desigualdade com outras desigualdades também estruturantes da sociedade brasileira como a econômica e de raça (CNJ, 2021).

Finalizando esta parte introdutória, o Protocolo adentra em questões mais específicas sobre alguns desdobramentos da desigualdade de gênero na estruturação da sociedade, como a atribuição de papéis sociais mais valiosos ao gênero masculino, os estereótipos de gênero que compõem o “senso comum teórico” dos juristas, bem como a desigual divisão sexual do trabalho (CNJ, 2021).

Como orientações para os julgadores, ao se depararem com processos em que há – possíveis – questões de gênero, o Protocolo preconiza que os responsáveis pelo julgamento sempre devem se questionar sobre as “perguntas de gênero”. Os estereótipos de gênero estão interferindo na valoração da prova, ao fazer com que, por exemplo, testemunhos de pessoas com determinados atributos sejam valorados de forma distinta pelo órgão julgador. Apenas as evidências que corroboram os estereótipos de gênero do julgador são consideradas, enquanto aquelas que o contradizem ou não são tomadas em consideração ou o são com um peso argumentativo menor. As ideias preconcebidas sobre determinado gênero são utilizadas como máximas de experiência para tomar como certo determinado fato sobre o qual não há

evidências. Desta forma, o juiz presume que a mãe se comportou desta forma porque é deste modo que o senso comum preconiza que uma mãe deveria se comportar (CNJ, 2021).

Assim, os/as magistrados/as conseguem incorporar os postulados do Protocolo nos seus julgamentos se conseguem tomar consciência da existência de estereótipos de gênero em cada caso concreto, elaboram uma reflexão sobre os prejuízos processuais potencialmente causados por eles e, finalmente, incorporam estas práticas nas suas rotinas de análises e julgamentos dos processos que lhes são submetidos (CNJ, 2021).

A violência de gênero também é largamente explicada no Protocolo, tanto no intuito de dar diretrizes para julgamento de casos concretos em que a violência de gênero seja o mérito do processo propriamente dito (julgamento de crimes), quanto no caso em que o mérito da lide é um outro bem jurídico, mas que possa existir alguma violência de gênero subjacente que interfira em aspectos decisivos de julgamento da demanda, como uma ação de pensão alimentícia ou um inventário, por exemplo.

O Protocolo convida os órgãos julgadores a reflexões de caráter hermenêutico sobre a interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. É concedida especial atenção para situações em que o arcabouço normativo traz um verniz de igualdade jurídica entre os gêneros, todavia, no caso concreto, a igualdade formal é fundamento para a manutenção de desigualdades estruturais ao tratar os gêneros de forma idêntica. Assim, a própria imparcialidade judicial é ressignificada para que os/as julgadores/as avaliem se, em determinado caso concreto, a imparcialidade no seu sentido clássico não está atuando como óbice para uma igualdade em sentido material, maximizadora dos direitos humanos e da igualdade de gênero (Bogéa, 2021). Não que com isto se busque uma parcialidade no momento de julgar, mas sim uma imparcialidade ativa que fomente uma análise processual emancipadora em vez da manutenção das desigualdades estruturantes da sociedade (CNJ, 2021).

Assim como ocorre com o conceito de imparcialidade, o Protocolo enfatiza a necessidade de problematizar a interpretação do princípio da igualdade enquanto horizonte de interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tomando como pressuposto que a maior parte das desigualdades que constituem a sociedade são fruto, não de um tratamento desigual em si mesmo, mas de uma ocupação de um espaço subordinado na estrutura social, enfatiza-se a necessidade de repensar se a aplicação do princípio da igualdade, em relação às mulheres, realmente atua como emancipador ou, ao contrário, como galvanizador das desigualdades preexistentes. Desta feita, necessário que o/a julgador/a considere se a aplicação do princípio da igualdade não se presta para a manutenção e reforço de uma situação estruturalmente

desigual, ao manter determinado grupo em uma posição privilegiada e outro em posição subalterna (CNJ, 2021).

Em apertada síntese, o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero é um documento essencial na tentativa de mudança de uma arraigada cultura de predominância do gênero masculino nas ciências jurídicas, notadamente por ser de ensino obrigatório nos cursos de formação de novas magistradas e magistrados, bem como de observação periódica nos cursos oferecidos para qualificação de julgadores ao longo da carreira, e que coloca o Poder Judiciário brasileiro na vanguarda dos avanços feministas. Ao explicitar a necessidade de modificação da abordagem dos órgãos julgadores no momento imediato em que se deparam com uma demanda, considerando as questões de gênero potencialmente presentes, desde a análise do mérito da causa, interpretação das normas jurídicas pertinentes, avaliação do conteúdo probatório e decisão final do processo, o Protocolo se constitui em um avanço sem precedentes, embora seja o primeiro passo, para uma modificação de longo prazo da cultura jurídica de um país com as características do Brasil.

Entretanto, não obstante a sua importância fundamental para o enfrentamento das questões de gênero pelos órgãos judiciários no Brasil, o Protocolo não está isento de críticas, sendo certo que estas não minoram a sua importância, mas são pertinentes para melhorias dos instrumentos a serem adotados pelo Poder Judiciário futuramente. O primeiro ponto que merece atenção é a utilização de literatura feminista preponderantemente da segunda geração do feminismo, como Simone de Beauvoir. As autoras que aprofundaram o conceito de gênero com um maior refinamento teórico e problematizações de caráter político e social, como Judith Butler, por exemplo, não foram mencionadas. Ademais, o Protocolo define os conceitos de gênero e sexo da forma mais tradicional, tomando o sexo como um dado biológico e o gênero como constructo cultural (Cirino; Feliciano, 2023). Em linhas gerais, o Protocolo, em alguns momentos, carece de uma maior coerência teórica de modo a compatibilizar ou, ao menos, explicitar as referências das diversas ondas do feminismo que está utilizando para a construção de determinados conceitos o que talvez decorra, conforme Cirino e Feliciano (2023), da ausência da participação da comunidade acadêmica em sua elaboração.

Uma outra forma importante de evitar a continuidade da violência sistêmica e redutora do gênero, especialmente em casos de violação de direitos humanos, consiste na inclusão da voz da vítima no processo judicial, a qual permite uma ruptura com o quadro dominante de opressão. Assegurar que a vítima mulher fale por si mesma, contando sua própria história, além de representar um movimento de subversão, na medida em que permite uma

compreensão da história de forma não apenas biográfica, narrada por um terceiro, representa também uma reivindicação de sua capacidade de ação (Assis, 2019).

Inclusive, trata-se de uma das recomendações do Comitê CEWAD, que visa assegurar que os programas de conscientização e capacitação para os agentes do sistema de justiça e também estudantes de direito tratem em particular da “questão da credibilidade e do peso dado às vozes, aos argumentos e depoimentos das mulheres, como partes e testemunhas” (item 29 da Recomendação Geral n. 33, do Comitê CEDAW).

Isso porque, na linha do que foi tratado, os estereótipos de gênero interferem diretamente na credibilidade das palavras das mulheres, retirando “seu lugar de voz, vez e visibilidade na sociedade” (Severi, 2023, p.155), sendo importante essa incessante busca pela quebra das barreiras e “construção de uma racionalidade jurídica mais próxima do ideal de justiça” (CNJ, 2022, p.36).

Assim, a atuação do sistema de justiça deve, antes de mais nada, atentar para os princípios constitucionais estabelecidos como o respeito à cidadania, direitos humanos, promoção do bem de todos, sem preconceitos de quaisquer tipos ou outras formas de discriminação. O próprio Estado de Direito pressupõe um processo coletivo de tomada de decisões, com consistência política e adequação social, passível de controle do povo constitucional e que permita uma convivência harmônica entre forças antagônicas (Pereira, 2020).

2.3 Um olhar sobre a composição dos tribunais superiores sob a perspectiva feminista

Além de uma análise sobre gênero nas decisões judiciais é importante, também, uma reflexão sobre a participação das mulheres nos processos decisórios e na composição do judiciário como um todo, principalmente a partir da Resolução n.º 255 do CNJ que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.

A resolução representa uma das estratégias adotadas para fomentar a participação feminina em todas as esferas de poder e áreas de tomada de decisão e, também, um esforço para que se alcance o 5º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), que é alcançar a igualdade de gênero, que está na Agenda 2030.

Ainda, a resolução determinou, em seu artigo 3º, a criação de um grupo de trabalho para realização de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais sobre o cumprimento de seus termos, tendo a partir daí sido realizado amplo estudo, coleta de dados e pesquisas nacionais que culminaram na elaboração de um diagnóstico

detalhado sobre a participação feminina no Poder Judiciário, um dos documentos mais atualizados sobre o assunto.

A pesquisa contou com participação efetiva de 68 dos 90 tribunais nacionais, o que representa 76% de todos os órgãos do Poder Judiciário. Consoante demonstrou a pesquisa, no ano de 1988 as mulheres ocupavam apenas 24,6% dos cargos da magistratura, sendo que atualmente o percentual é de 38,8% das magistradas em atividade. Deve-se observar, também, que enquanto os homens representam 48,4% da população, na magistratura representam 61,2% dos juízes (CNJ, 2019).

Os estudos concluíram, ainda, que quando a participação feminina é analisada por cargo, há um patamar ainda bem inferior ao masculino, na medida em que ocupando cargos de Desembargadoras, Corregedoras, Presidentes e Vice-Presidentes de Tribunais há entre 25 a 30% de mulheres (CNJ, 2019).

Ocupando os cargos de desembargadora, os estados de Roraima, Pará, Mato Grosso, Pernambuco e Santa Catarina apresentaram o maior percentual (acima de 43%), enquanto os estados do Acre, Goiás, Mato Grosso do Sul, Alagoas, Espírito Santo e Rio Grande do Sul contam com menos de 16% de mulheres nesse cargo (CNJ, 2019).

Analisando os cargos de juízas titulares, apenas os estados do Pará, Mato Grosso, Paraíba e Sergipe contam com um percentual acima de 41% ocupados por mulheres, enquanto os estados do Amazonas, Amapá, Tocantins, Maranhão, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro contam com menos de 17% de mulheres (CNJ, 2019).

Já no ingresso na carreira, no cargo de juíza substituta, os estados de Roraima, Paraíba, Sergipe, Rio de Janeiro e Santa Catarina contam com mais de 47% de mulheres, enquanto as piores posições são os estados do Rio Grande do Norte, Pernambuco, Alagoas, Espírito Santo e São Paulo, com menos de 23% de mulheres (CNJ, 2019).

Investigando o percentual de magistradas, servidoras e funções por tribunal, identificou-se que os TRT5 (58%), TRT2 (57%) e TRT6 (55%) foram os Tribunais com maior representatividade de mulheres no ingresso da magistratura, enquanto nos TRE-AL (8%), TRE-PI (6%) e TJM-SP (0%) identificou-se os percentuais mais baixos da última década (CNJ, 2019).

O resultado da pesquisa quanto a presença de magistradas nos Tribunais Superiores é bastante preocupante, já que houve uma redução de 23,6% da participação feminina para 19,6% nos últimos dez anos. Na justiça militar estadual o problema é ainda maior, já que há apenas 3,7% de participação de mulheres (CNJ, 2019).

Os dados mostram uma desproporcional participação das mulheres nesses tribunais, mas que este fato decorre um sistema que sempre foi predominantemente masculino, com normas de condutas específicas que indicam o papel da mulher no meio jurídico, a partir de um direito sexista, machista e sexuado (Lima; Bueno; Stamile, 2021).

Analisando a realidade do Supremo Tribunal Federal, em especial, verifica-se que em 1891 era composto por 15 ministros, tendo diminuído para 11 nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Durante o regime militar, o Ato Institucional (AI) n. 2 aumentou o número de ministros para 16, o que foi mantido na Constituição de 1967. Com o AI n. 5 foram aposentados compulsoriamente 3 ministros e, em 1969, houve o restabelecimento de 11 ministros, o que se manteve na Constituição de 1988. Durante todo esse período 292 ministros compuseram o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça do Império, tendo sido nomeadas apenas três mulheres, quais sejam: Ellen Gracie em 2000, Cármen Lúcia em 2006 e Rosa Weber em 2011 (Lima; Bueno; Stamile, 2021).

Apesar de tardia, louvável a nomeação das ministras mulheres que, no entanto, enfrentaram sabatinas no Senado Federal repletas de manifestações sexistas e que denotam o machismo estrutural e discursivo que cada vez mais toma espaço no parlamento brasileiro, a exemplo dos levantamentos realizados pelo estudo de Lima, Bueno e Stamile (2021, p. 222-225):

O percurso das mulheres no Supremo Tribunal Federal, inaugurado por Ellen Gracie, é marcado por desafios. A sabatina da primeira mulher a compor o STF foi repleta de questões de gênero, com comentários essencialistas, bem como minimizadores da relevância da representatividade feminina no STF e da discriminação de gênero. Em sua arguição, o Senador Ramez Tebet, do PMDB, afirmou que as cotas deveriam servir apenas de norte na busca pela representação feminina, porque, em verdade, existe dificuldade, e o sabem os políticos, para a arregimentação de mulheres que queiram participar da vida política e da vida pública. Afirmou também que esse avanço estaria se dando por uma questão cultural (CCJ, 2000). A fala do senador foi seguida ainda de uma colocação bíblica, em que é possível constatar uma visão heteronormativa e essencialista das mulheres, conforme abaixo:

Deus quando criou o mundo e fez a mulher, está na Bíblia, Ele aproveitou; Adão estava dormindo, assim diz o Gênesis, foi retirada uma parte da costela de Adão, e Deus criou a mulher e disse que ambos formariam uma só carne. Então, eu acho que fomos nós, os homens, que desobedecemos ao Criador, e as mulheres, também, por sua timidez, talvez, ficaram muito tempo dedicadas aos afazeres domésticos e não participavam ativamente. Foi uma luta gradativa, uma luta árdua que está trazendo a mulher a participar mais ativamente do interesse público, das coisas públicas. (Brasil, 2000)

No mesmo sentido foi a afirmação de Romeu Tuma, do PTB de São Paulo, enfatizando a sensibilidade como uma característica essencialmente feminina, sendo este o elemento a agregar nos julgados do STF com a presença da então primeira mulher no cargo. Veja-se:

Lembro-me de um conselho dado por minha mãe, Senador Bernardo Cabral, quando jovem. Ela dizia sempre que a sabedoria árabe impera às vezes, nos pensamentos históricos. Ela dizia: O ser humano tem cinco sentidos, mas a mulher tem o sexto, a sensibilidade de projetar para o futuro próximo quais os resultados de uma decisão que, às vezes, é tomada no calor das discussões. Ela tem essa sensibilidade. E acredito que essa figura Vossa Excelência representará no Supremo Tribunal Federal – a sensibilidade, para que não haja nenhuma projeção dos resultados que possam amanhã ter que mudar as decisões do Supremo. (44ª Reunião, 2000)

O Senador Agnelo Alves, do PMDB do Rio Grande do Norte, recorreu ao argumento de neutralidade, como se o gênero fosse irrelevante em face da competência ou do conhecimento da pessoa em questão, conforme se extrai da afirmação abaixo:

A questão mulher nunca me preocupou. Creio que a questão do valor é inerente à criatura humana; seja homem, seja mulher, seja jovem, seja idoso, seja branco, seja preto. O valor é o que deve prevalecer. E a Dra. Ellen Gracie nos deu aqui lições soberbas e abundantes pelo seu alto conhecimento. (44ª Reunião, 2000)

Outro comentário realizado na sabatina de Ellen Gracie a ser destacado é o de José Agripino, do PFL do Rio Grande do Norte, segundo o qual o STF teria a agregar valores com a presença dela em um sentido tendencioso de gênero:

Não é o olhar feminino; é o olhar contemporâneo da Justiça. Eu já dei o meu voto, dei no meio da sabatina, dei com muita convicção a uma senhora elegante, de voz doce, mas de muita convicção e que certamente ajudará a Justiça do Brasil. (44ª Reunião, 2000 – grifos nossos)

Nessa fala, é notória a ênfase dada à elegância, doçura ou sensibilidade, ditas características relacionadas ao feminino. Sobre isso, Bonelli (2016, p. 253) observa que “o ingresso das mulheres no mundo do Direito veio acompanhado das marcas essencializadas do feminino e da reprodução da vida familiar, com as habilidades para o cuidado, resultando em posições profissionais estratificadas segundo o gênero”. Segundo a autora, nesse modelo, “a separação entre trabalho e vida privada é diluída quando se trata da reificação do estereótipo dos cuidados como assunto de mulher” (Bonelli, 2016, p. 253).

Na mesma linha, em 2006, foi a sabatina de Cármen Lúcia e, também, em 2011, a sabatina de Rosa Weber, com discursos supostamente elogiosos, mas que denotam um viés de superioridade masculina e perpetuação de discriminação de gênero. Novamente, há uma minimização da condição de mulher e preponderância de observações sexistas com menção, inclusive à aparência física e traje escolhido para a ocasião (Lima; Bueno; Stamile, 2021).

A partir desses fatos, é possível verificar que os discursos produzidos pela mídia e pelos senadores no processo de indicação e aprovação das ministras ao STF reafirmam constantemente o papel essencialista das mulheres no sentido de configurar uma “outra forma de se ver o Direito”, mais voltado para a “sensibilidade” do que necessariamente a padrões técnicos, os quais seriam competências atribuídas aos juízes homens. Pontualmente, existem manifestações no sentido de que é importante a chegada de mulheres ao STF, todavia, sem enfatizar que esse fato depende da identificação de processos geradores de exclusão das mulheres na esfera pública e, de forma mais específica, exclusão no acesso aos postos de comando do judiciário nacional. Nota-se, ainda, que a posse das referidas ministras deflagrou a identificação de outras práticas excludentes no interior da própria Corte, como o direito a ser ouvida em plenário sem interrupções (Lima; Bueno; Stamile, 2021, p. 232).

A linguagem é uma das formas de perpetuação da dominação masculina, pois dentro de um contexto social hierarquizado, representa a perpetuação de uma experiência social anterior, com objetivo de ser reconhecido e respeitado. Ela é capaz de construir representações simbólicas sobre o mundo social e, no caso das mulheres, a perpetuação de um estereótipo de sensibilidade, delicadeza e emotividade representa uma forma de marginalização e aniquilação das mesmas no espaço público (Barros; Busanello, 2019).

Sobre as formas de acesso, há, ainda, um viés implícito no trabalho das mulheres que impede que cheguem às cúpulas dos tribunais, como é o caso do STF, na medida em que suas carreiras são sempre repletas de obstáculos, enquanto aos homens são dadas oportunidades e atalhos, sendo percebido que aquelas que conseguem superar as barreiras sociais são as melhores posicionadas nos grupos que detém o capital social, cultural e no que se refere ao fenótipo. Conhecido como *glass ceiling*, há barreiras invisíveis que dificultam, quando não impedem o acesso das mulheres magistradas às funções do ápice da carreira, as quais reafirmam a divisão sexual do trabalho, onde aos homens incumbem o desempenho de funções de maior valor social e autoridade, enquanto às mulheres é destinada a esfera reprodutiva (Bonelli; Oliveira, 2020; Lima; Bueno; Stamile, 2021).

Esse ideário da neutralidade tomou como referencial os profissionais que dominaram a atividade durante sua constituição e consolidação, no caso, os homens brancos socialmente favorecidos. A postura da autoridade, o modelo da vestimenta, as representações do ser profissional foram elaboradas como universais, mas se apoiaram em modelos particulares que expressavam gênero, raça e classe específicos. Dessa forma, alimenta-se a força da figura da autoridade na profissão como resultado legítimo e justamente merecido de seus privilégios sistemáticos, com a inclusão subalternizada das diferenças. Outros corpos que não refletem as imagens esperadas pelos pares e jurisdicionados precisam lidar com a ausência que essa representação produz, por vezes tentando mimetizar o modelo valorizado (Bonelli, Oliveira, 2020, p. 148).

Assim, a ausência de uma representatividade feminina adequada e igualitária no Poder Judiciário é um problema complexo, especialmente ao se considerar que quanto maior a posição de poder, menor será a participação das mulheres, o que decorre de uma série de fatores, sendo um deles o fato das mulheres serem relegadas funções de cuidado e gestão da vida doméstica, enquanto aos homens são destinadas posições de maior visibilidade profissional. Além disso, considerando as dificuldades inerentes de conciliar uma vida profissional com a vida privada, muitas mulheres atrasam os planos de continuidade dos estudos ou progressão na carreira, especialmente quando isso pressupõe residir em cidades

distantes ou sem infraestrutura mínima adequada para a criação dos filhos (Queiroz, 2019; Severi, 2016b).

A diversidade na composição dos Tribunais Superiores, em especial o STF, representa a concretização do próprio princípio democrático, sendo de extrema relevância que os órgãos do Estado reflitam todos segmentos sociais e que os jurisdicionados percebam afinidades identitárias com aqueles que ocupam posições de poder. A representação funciona, ainda, como um canal de compartilhamento das perspectivas sociais e possibilita que experiências particulares alcancem determinados alvos que não seriam atingidos, caso não houvesse a diversidade de composição (Pereira; Oliveira, 2018).

Ainda que raramente se possa estabelecer correlações decisivas entre os entendimentos adotados e a identidade do juiz, algumas pesquisas sugerem que, pelo menos em questões sensíveis ao gênero, como discriminação, assédio sexual e violência doméstica, a mera presença de mulheres em órgãos colegiados interfere no resultado dos julgamentos, possivelmente porque a diversidade na composição exerceria impacto também nos entendimentos adotados pelos juízes homens. No entanto, sob o ângulo da legitimação das cortes, não são apenas os resultados dos julgamentos que importam. O argumento mais consistente em favor da pluralidade de composição não decorre da convicção de que cortes heterogêneas vão produzir julgamentos mais acertados, mas da circunstância de que o equilíbrio de gênero torna os tribunais mais legítimos sob a ótica democrática (Pereira; Oliveira, 2018, p. 902).

Também, deve-se observar que um estado constitucional democrático de direito pressupõe a promoção de pluralismo e do princípio da igualdade, sendo que a própria composição dos tribunais deve expressar uma coerência institucional e que reflita a comunidade como um todo, não apenas um grupo em particular, de modo que “quando certo órgão do estado é rotulado como representativo, fica implícito que seu funcionamento atende a pressupostos democráticos” (Pereira; Oliveira, 2018, p. 899).

Outrossim, verifica-se que a opressão de gênero vista nesses Tribunais têm raízes na própria academia, nos próprios bancos das universidades, onde as mulheres sofrem discriminações, mesmo que sutis, desde o momento em que ingressam na faculdade de direito.

Estudo inédito foi realizado, em um trabalho coletivo, pelo Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), que analisou e investigou as dinâmicas de inclusão e exclusão operadas em âmbito universitário sob a perspectiva de gênero. Foi realizado um trabalho de observação das aulas de graduação, bem como entrevistas individuais com estudantes, de modo a identificar a relação dos alunos entre si e com docentes em diferentes períodos letivos.

Dentre tantas outras constatações, o grupo identificou questões estruturais e que desestimulam a participação das alunas em sala de aula, como o fato de todas as salas de aula serem designadas com nomes de professores homens, bem como a ausência de referências bibliográficas femininas nos conteúdos programáticos (Cerezetti, 2019).

Sem citar outros dados mais gerais sobre desigualdade de gênero no Brasil, cabe ressaltar, também, os dados sobre a FDUSP, já citados anteriormente: docentes homens ainda são maioria absoluta nos cargos mais altos; são deles os nomes que identificam as salas de aula; são eles que estão imortalizados nos quadros espalhados nas dependências do prédio da Faculdade. Em síntese, as mulheres permanecem sub-representadas neste espaço, seja em níveis simbólicos, seja no que se refere à ocupação de posições de poder. Nesse cenário, o docente homem ocupa, desde logo, uma posição dominante nessa estrutura, já que integra esse grupo social que compõe a maioria das posições de poder na Universidade (e na sociedade de modo geral). Há, portanto, uma desigualdade estrutural de gênero que caracteriza o ambiente universitário (Cerezetti, 2019).

O grupo demonstrou a existência do que denomina de currículo oculto na FDUSP, onde a dinâmica de ensino traz determinados padrões de comportamento culturalmente moldados e que reforçam estereótipos e dinâmicas de gênero preestabelecidas, com uma constante invisibilidade feminina. A análise do fenômeno tem ainda maior relevância ao se considerar que as faculdades de direito serão responsáveis pela formação dos profissionais detentores de posições determinantes nas esferas de poder e, assim, capazes de influenciar a construção das relações sociais. Por se tratar de um marco oculto, torna-se mais complexo seu reconhecimento, uma consciência coletiva de modo a permitir uma futura superação (Cerezetti, 2019).

Quando identificamos no ambiente da universidade e, mais especificamente, no ensino do direito, os padrões, comportamentos e as nuances das interações sociais de gênero que estão escondidos, descortinamos a existência de um “currículo oculto”, que compreende padrões de comportamentos, normas sociais, expectativas e visões de mundo que impactam o processo de ensino-aprendizagem. Nesse sentido, observamos que o ensino está permeado por conteúdos informais que sistematicamente reproduzem relações de poder e reforçam estereótipos e dinâmicas de gênero socialmente estabelecidas. O ambiente da sala de aula, portanto, acaba sendo construído por valores que não refletem inclusão e respeito às mulheres – sendo um agravante o fato disso não estar necessariamente explícito nas ações, falas e conteúdos programáticos (Cerezetti, 2019, p. 115).

Nesse sentido, é necessário um olhar cuidadoso sobre o ensino jurídico, as estruturas e espaços de poder dentro da universidade, que devem estar atentos às vicissitudes de uma sociedade plural e que não desconsiderem importantes marcadores sociais como raça e gênero. Além disso, é preciso que a academia se afaste de uma posição de neutralidade e reflita sobre

a situação das mulheres nos cursos de direito, assim como as discriminações sofridas nos tribunais e desvalorização das experiências pessoais como fonte de conhecimento (Cerezetti, 2019).

A participação efetiva das mulheres em salas de aulas é o primeiro passo para que possamos desenvolver um ambiente favorável para que, anos depois, essas mulheres ocupem os espaços de poder nas carreiras jurídicas.

2.4 A importância de uma “feminização” dos tribunais na formação de precedentes judiciais para a superação de desigualdades estruturais e garantia de um acesso democrático à justiça

O processo de equidade entre homens e mulheres demanda, além da implementação de importantes políticas públicas, a visualização de todo sistema jurídico a partir da ótica da justiça de gênero²⁸, na medida em que o direito exerce uma dominação patriarcal e androcêntrica, com frequente exclusão das mulheres do acesso a direitos fundamentais (Silva, 2022).

Assim, discursos discriminatórios são construídos nos julgamentos dos tribunais em geral que, além de serem marcados por uma composição essencialmente masculina, também denotam um posicionamento dado notoriamente por um homem branco, cristão e de classe social elitista.

Inclusive, merece destaque a recente campanha para nomeação de uma Ministra negra no STF pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva, em razão da aposentadoria da Ministra Rosa Weber considerando que, com a nomeação de um homem, a Corte teria apenas uma representante feminina. No entanto, Flávio Dino foi indicado pelo Presidente em 27 de novembro de 2023 e aprovado pelo Senado Federal em 13 de dezembro de 2023, enfraquecendo a participação feminina e tornando o país o segundo menos igualitário da América Latina e Caribe, estando à frente apenas da Argentina que não tem mulheres na Suprema Corte de Justiça (Braun, 2023).

²⁸ Para Nancy Fraser justiça de gênero é um conceito de justiça específico, dentro do seu conceito mais global de justiça social. que visa tanto o reconhecimento das mulheres enquanto grupo identitário, no seu caráter simbólico, quanto o reconhecimento do gênero feminino do ponto de vista material, ou seja, enquanto coletividade explorada economicamente. Assim, a justiça de gênero possui um caráter dual, tratando as questões de gênero tanto pelo seu aspecto simbólico quanto pelo seu aspecto material-econômico. Trata-se de um conceito de justiça não somente explicativo e descritivo, mas operativo, com o objetivo político de alteração da realidade fática em busca de uma igualdade de gênero possível faticamente (Fraser, 2006).

A presença de mulheres nos tribunais, como já salientado, é um dos pontos de partida, na medida em que tem em si um valor simbólico, uma vez que determinado grupo minoritário não será excluído do processo deliberativo, com a quebra da suposição de que apenas homens seriam capazes de realizar um julgamento justo (Bogéa, 2021).

A literatura que se preocupa em elaborar teoricamente a importância de mais mulheres no Judiciário divide-se em duas visões principais. Uma primeira linha de investigação focaliza a importância simbólica da diversidade em cortes. Nesse tipo de abordagem, é possível responder por que mulheres juízas importam, sem enfrentar os obstáculos teóricos específicos de órgãos judiciais. Trata-se de argumento *externo* à dinâmica da decisão judicial e da aplicação do Direito, que endossa a presença de mulheres como ferramenta simbólica na luta social mais ampla pela igualdade de gênero. Por isso, trata-se de visão que não precisa endereçar especificidades relacionadas ao dever de imparcialidade na adjudicação ou ao conflito entre mérito e igualdade, tal como apresentado por Lord Sumption. O argumento segue uma linha análoga àquela apresentada para defender mais mulheres em outras posições sociais de poder, como em instituições político-eleitorais, no mercado financeiro e assim por diante. Aqui, o simbolismo da ascensão funcional a cortes superiores é considerado instrumental para o combate da desigualdade e de estigmas que caracterizam sociedades culturalmente informadas por raízes patriarcais (Bogéa, 2021, p. 108).

Mas também há uma abordagem empírica, segundo a qual a presença de mulheres, por si só, poderia redundar em melhores resultados, principalmente no julgamento de casos que envolvem a temática de gênero, sendo certo que, neste caso, a melhora efetiva da qualidade dos julgamentos teria de ser aferida caso a caso, para fins de confirmação desta hipótese.

Como no caso da abordagem simbólica, aqui também se permite ao pesquisador que deixe de lado o debate teórico sobre o problema da imparcialidade na adjudicação e focalize mais de perto as potenciais correlações e causalidades entre identidades e experiências de juízas ou juizes e o conteúdo de suas decisões. Devido ao caráter dependente do contexto, aqueles que exploram essa linha de investigação assumem elevado ônus empírico, o que torna necessária demonstração factual que confirme ou rejeite a hipótese de que o gênero de juízas ou juizes exerce influência sobre o conteúdo de suas decisões. Uma abordagem orientada para resultados depende sempre de confirmação empírica, que deve ser promovida caso a caso. Por esse motivo, tal tipo de resposta está sendo chamado de *substantivo, empirista e orientado para resultados*. (Bogéa, 2021, p. 109).

Porém, há um terceiro argumento teórico construído por Daniel Bogéa (2021) a partir do conceito de perspectiva social de Iris Marion Young, denominada por ele de abordagem procedimental, que foge dessa dicotomia tradicional. Segundo o autor, a diversidade de gênero contribui de forma direta para o aperfeiçoamento do processo deliberativo e a própria qualidade dos tribunais colegiados constitucionais.

Para Bogéa (2021), as características individuais e sociais de cada julgador são de extrema relevância e tem repercussão não apenas o resultado jurisdicional, como também a qualidade do procedimento e reconhecimento de sua legitimidade.

Se tribunais constitucionais são mais bem descritos como instituições deliberativas, é necessário estabelecer critérios normativos para avaliar e melhorar seu desempenho nos processos de tomada de decisão judicial. A questão de *como* os tribunais julgam assume um significado proeminente em seu processo de legitimação; tribunais serão tão legítimos quanto a *qualidade* de seu processo deliberativo. Tal como acontece com outras instituições deliberativas, devemos colocar nossos esforços no aprofundamento da deliberação, a fim de “envolver os participantes de maneiras autenticamente deliberativas, que incluam participação competente e reflexiva” (ERCAN; DRYZEK, 015, p. 243, tradução nossa). Essa constatação gerou uma nova agenda de pesquisa que se preocupa com os padrões normativos da deliberação interna nos colegiados (MENDES, 2013; SILVA, 2013), abrindo espaço para pesquisas teóricas sobre as expectativas deliberativas que devem ser depositadas em tribunais, bem como sobre as especificidades relacionadas ao tipo de deliberação que deve ser exigido pelo povo (FEREJOHN; PASQUINO, 2002, p. 22-23).

Nesse sentido, a tomada de decisões em tribunais constitucionais não deve ser vista como uma tarefa hercúlea individual de descoberta do Direito, mas sim como um empreendimento coletivo e comunicativo, em que a deliberação entre diferentes juízes é um instrumento institucional para extrair as melhores razões associadas aos direitos constitucionais em jogo (Bogéa, 2021, p. 112).

Assim, entendendo a deliberação como um processo coletivo e detentora de um valor intrínseco, o autor aborda a necessidade de ampliação das perspectivas sociais nas cortes, mas com o cuidado de não esbarrar em uma abordagem essencialista de gênero, segundo a qual haveria uma suposta essência atribuída às mulheres, características universais e que as igualam.

Sob perspectiva social, Young (2006) aduz que os grupos sociais não devem ser pensados a partir de uma lógica de funcionamento intrínseca que os define enquanto tais, de forma identitária, mas sim a partir das relações que os indivíduos possuem dentro deste grupo, sendo certo que cada posicionamento individual dentro do grupo implica diferentes comportamentos, sem que o comportamento ou a posição defina a sua identidade. Ao contrário do entendimento que preconiza que as diferenciações de grupos apenas criam divisões e conflitos, Young compreende que as divisões ampliam e maximizam as diversas experiências históricas, incrementando o potencial comunicativo.

Assim, uma perspectiva social não comporta um conteúdo específico determinado. Nesse sentido, a perspectiva difere do interesse e da opinião. A perspectiva social consiste num conjunto de questões, experiências e pressupostos mediante os quais mais propriamente se iniciam raciocínios do que se extraem conclusões. As críticas ao essencialismo apontam corretamente que pessoas, a princípio pertencentes ao mesmo grupo social, freqüentemente têm interesses e opiniões diferentes e mesmo

conflitantes. Pessoas que têm uma perspectiva semelhante sobre processos e temas sociais – sobre as normas da interação heterossexual, por exemplo – frequentemente têm interesses ou opiniões não obstante diferentes, já que raciocinam de modos diferentes a partir daquilo que experienciam, ou têm metas e projetos diferentes.

A perspectiva é um modo de olhar os processos sociais sem determinar o que se vê. Dessa forma, duas pessoas podem compartilhar uma perspectiva social e não obstante experienciar seus posicionamentos de maneiras diferentes, na medida em que estão voltadas a diferentes aspectos da sociedade. Compartilhar uma perspectiva, porém, propicia a cada uma delas uma afinidade com o modo como a outra descreve o que experiencia, uma afinidade que as pessoas posicionadas diferentemente não experienciam. Essa menor afinidade não implica que essas últimas não possam compreender uma descrição de um aspecto da realidade social a partir de uma outra perspectiva social; significa apenas que é mais difícil compreender a expressão de perspectivas sociais diferentes do que aquelas que são compartilhadas (Young, 2006, p. 163-164).

Assim, para a autora (2006), a posição social de uma pessoa produz experiências particulares individuais em determinado campo social, o que promove compreensões específicas sobre determinados eventos, regras, processos sociais e suas consequências, compreensões estas que não serão assimiladas, visualizados por aqueles que estejam distantes deste mesmo campo social. Porém, ressalta que, ainda que diferentes, as perspectivas sociais não serão necessariamente incompatíveis e que determinadas pessoas podem, inclusive, compartilhar uma mesma perspectiva social e, ainda assim, terem experiências e posicionamentos diversos sobre determinados aspectos da realidade social.

A autora trabalha a importância de uma democracia comunicativa forte, o que seria possível a partir de uma pluralização dos modos e espaços de representação, mas afirma que sua teoria poderia ser aplicada para outros espaços deliberativos, como os tribunais, desde que respeitadas as características destas instituições, como o dever de imparcialidade (Bogéa, 2021).

Desta forma, de acordo com o conceito de perspectiva social, o incremento da participação feminina nos tribunais, notadamente os órgãos de cúpula, justifica-se não em virtude de seu simbolismo, não em virtude dos resultados empiricamente verificáveis que eventualmente possa trazer, mas sim porque a presença do gênero feminino de forma mais preponderante em órgãos deliberativos incrementa sobremaneira a qualidade deliberativa do órgão, uma vez que mais pontos de vista argumentativos distintos estão presentes, o que melhora os resultados de seus esforços (Bogéa, 2021).

Importante, porém, ressaltar, que a adoção desta perspectiva de análise não significa que se está abrindo mão da imparcialidade dos órgãos julgadores, enquanto valor intrinsecamente positivo, mas sim que se está ressignificando o conceito de imparcialidade para que este seja compreendido menos como neutralidade completa e absoluta e mais como

imparcialidade dentro de uma perspectiva de vida e de pontos de vista distintos, que é diversa do gênero até então dominante nos tribunais. Dito de outro modo, uma julgadora do gênero feminino e negra consegue ser tão imparcial quanto um julgador homem e branco, mas as suas imparcialidades partirão de perspectivas argumentativas distintas, enriquecendo o debate e, por conseguinte, a qualidade deliberativa do órgão colegiado (Bogéa, 2021).

Desta feita, a partir da ideia de perspectiva social, o incremento da inclusão de indivíduos de diferentes gêneros, raças e grupos sociais no processo deliberativo (notadamente os grupos historicamente marginalizados) permite que pontos de vistas distintos e imparciais, dentro da sua parcialidade, em um esforço para que se alcance a imparcialidade estrutural, na medida em que distintas perspectivas argumentativas são tomadas em consideração (Bogéa, 2021).

Tendo como ponto de partida a busca por uma diversidade de gênero, especialmente nas cortes de precedentes, será possível uma busca eficiente por um processo emancipatório dos grupos marginalizados e sem protagonismo nesses tribunais, com uma possível quebra de obstáculos a um acesso democrático à justiça.

No ponto de entrelaçamento entre direitos fundamentais e democracia participativa, ter acesso à justiça não corresponder a ter acesso aos direitos como bens ou como liberdades apenas, é possuir garantias (claro, materiais, mas, sobretudo, institucionais) de não “estar à margem das dinâmicas propiciadoras de reconhecimento social, e nesse ponto, a atuação contramajoritária do Judiciário é insofismável (Nunes; Teixeira, 2013, p. 79).

A problematização do acesso à justiça em países de modernidade periférica, estruturados em um modelo de desenvolvimento colonial, assume ainda mais importância do que nos países do centro, haja vista que naqueles o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos se revela mais decisivo, em uma utilização emancipadora do Direito (Santos, 2000).

Nesse ponto, deve-se considerar a própria formação da sociedade brasileira e demais países latino-americanos, que é complexa, plural, marcada por um passado hierarquizado e violento, de forma que a compreensão do acesso à justiça deve ser ampliada para garantir direitos de cidadania e reconhecimento identitário, que é o que se busca com a inclusão das mulheres.

Não se olvida, evidentemente, sobre o avanço das concepções de acesso à justiça trazida pela teoria liberal que, resumidamente, o entendia como um fenômeno atrelado a uma lógica privatista, como mero instrumento de resolução de conflitos, e também pelo paradigma social, que passa a exigir uma estrutura institucional organizada e apta a dar efetividade aos

direitos reconhecidos. Deve-se mencionar, também, as contribuições trazidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth que, através condução do Projeto Florença, diagnosticaram a necessidade de reformas e defenderam a criação de mecanismos que garantissem a isonomia processual e efetivassem os direitos subjetivos dos grupos considerados vulneráveis (Cappelletti; Garth, 1988).

Porém, é preciso ir além e pensar em um desenho institucional jurisdicional que seja democrático, preocupado com a qualidade das decisões judiciais e legitimidade do exercício do poder, em consonância com os princípios constitucionais (Nunes; Texeira, 2013).

Desta maneira, além da importante pretensão de acesso a um sistema de direitos, é imperioso que haja uma preocupação também em relação às técnicas e institutos processuais adequados à melhoria de sua qualidade, como é o caso da formação dos precedentes judiciais. Precedentes formados em tribunais verdadeiramente colegiados, com qualidade deliberativa, fortalecem a legitimidade constitucional da Corte e ampliam a atenção para a tutela de direitos fundamentais de grupos vulneráveis e em condições de desigualdade, viabilizando seu empoderamento e capacitando-os para uma cidadania ativa (Cruzes, 2020).

O acesso à justiça democrático exige que as autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas sobretudo no momento aplicativo. Nestes termos, o acesso à justiça democrático postula a garantia de uma estrutura procedimental/institucional que permita o acesso à argumentação, à imparcialidade, à fundamentação, à certeza de que as decisões tomadas em favor ou prejuízo do jurisdicionado só se legitimarão se forem dadas discursivamente, e não segundo critérios pessoais, corporativos, obscuros, afinal, de que valem os direitos fundamentais se estes estiverem a mercê de critérios tão herméticos e variáveis (Nunes; Teixeira, 2013, p. 67-68).

Mostra-se fundamental que o sistema de justiça opere como um aliado da democracia constitucional, de forma verdadeiramente comprometida na promoção de seus ideais. As Cortes devem funcionar como espaços de transformação social e não para a soma de votos e disputas de egos. Deve-se garantir um espaço viável para a manifestação do olhar do outro e de suas expectativas, estimulando o senso de responsabilidade e a formação de uma cidadania ativa. A concretização de um acesso democrático pressupõe o empoderamento do jurisdicionado, que passa a ser visto como sujeito político e destinatário das decisões, não como mero sujeito de piedade e protegido apenas enquanto mãe, esposa cuidadora e, algumas vezes, trabalhadora (Nunes, Teixeira, 2013; Cruzes, 2020; Moraes; 2014; Nichnig, 219).

Portanto, a feminização dos tribunais é uma medida necessária para a ampliação do acesso à justiça das mulheres, na medida em que permite a representatividade e ocupação de um espaço tradicionalmente masculino, como já salientado, mas também aumenta as chances

e uma agenda política cuja prioridade seja os direitos das mulheres, tanto na esfera legislativa quanto no âmbito das ações de incentivo e políticas públicas (Doncatto; Santos, 2023).

3 ANÁLISE CRÍTICA DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

3.1 Introdução

Neste último capítulo o trabalho se propõe à análise de algumas decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a) Recurso Extraordinário n. 629.053 – Tema 497; b) Recurso Extraordinário n. 1.058.333 – Tema 973; c) Recurso Extraordinário n. 778.889 – Tema 782; d) Recurso Extraordinário n. 658.312 – Tema 528. O horizonte crítico de análise serão as teorias acerca dos julgados com perspectiva de gênero, bem como, em caráter complementar, as diretrizes expostas pelo CNJ no Protocolo de Julgamento com perspectiva de gênero. Trata-se, portanto, de uma pesquisa de natureza qualitativa.

A proposta de análise dos precedentes se deu a partir da disciplina cursada Tópicos Especiais Avançados 1 do PPGD da UNB, inserida no Projeto “Reescrevendo decisões jurídicas em perspectivas feministas” ministrada pela professora Ela Wiecko V. de Castilho. Nesta disciplina buscou-se exercitar o pensamento crítico feminista a partir de uma discussão e reescrita de decisões que trouxessem importantes análises sobre gênero, mas que restaram invisibilizadas pelos juízos de origem.

No sítio eletrônico do STF os parâmetros de pesquisa envolveram acórdãos com repercussão geral reconhecida, já julgados e com trânsito em julgado certificado, onde fosse possível identificar as palavras gênero e mulheres. Assim, foram encontrados poucos acórdãos, o que indica que não há publicação de todos recursos julgados pela Suprema Corte, em prejuízo à transparência e de forma bastante prejudicial à realização de pesquisas acadêmicas. Mesmo nos acórdãos publicados, verificou-se que não há acesso ao inteiro teor dos autos, não sendo possível analisar, na maioria dos casos, questões como a forma de representação processual das partes, se por advogado particular ou defensoria pública, se a parte era hipossuficiente, dentre outras características relevantes para uma análise interseccional.

Fundamental ressaltar que todos os casos a serem analisados se enquadram na perspectiva do que se entende aqui por precedentes judiciais, de modo que, muito mais do que a análise de julgados singulares, estaremos a escrutinar a presença (ou a ausência) de perspectiva de gênero na *ratio decidendi* da formação de acórdãos que serão utilizados para julgamento de diversas demandas com fundamentos fáticos idênticos ou similares.

A escolha se deu a partir da constatação que em países de passado colonial, como o Brasil e demais países da América Latina, o Poder Judiciário e, em especial, o STF, além de guardião da Constituição Federal e detentor da última palavra sobre questões constitucionais, possui um papel central no reconhecimento e concretização de direitos fundamentais e de garantir um acesso à justiça democrático.

Nesse ponto, o acesso à justiça deve ser visto além do seu aspecto meramente formal, como o direito de deduzir uma pretensão por meio de uma petição inicial, mas como pedra de toque do próprio estado democrático de direito e imprescindível à proteção da maioria não detentora do poder, sempre relegada, como é o caso das mulheres.

Assim, é preciso analisar pontos importantes sobre a questão de gênero nesses julgados, tais como: as mulheres são tratadas como sujeito de direitos ou mero objeto de análise? Os direitos das mulheres prevalecem em si ou só são considerados quando há valores tradicionais subjacentes, tais como filhos, família e maternidade? Foram consideradas as vicissitudes individuais para uma garantia efetiva do acesso à justiça dessas mulheres? É possível extrair, desses julgados, fundamentos suficientes e que possam amparar outras mulheres em casos semelhantes?

3.2 Recurso Extraordinário n. 629.053 – Tema 497

O primeiro caso é o Recurso Extraordinário n. 629.053, Tema 497 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 10 de outubro de 2018, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio.

Na origem, a 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho deu provimento ao Recurso de Revista, assentando o entendimento de que o desconhecimento da gravidez por parte do empregador não excluiria o direito ao recebimento da indenização relativa ao período da estabilidade da gestante, nos exatos termos do entendimento já sumulado pelo mesmo tribunal.

A empresa reclamada interpôs o recurso extraordinário ora em análise defendendo a violação do artigo 10, II, “b” da ADCT, uma vez que o termo inicial da estabilidade seria a demonstração inequívoca e objetiva da existência da gravidez por meio de atestado ou laudo médico. Assim, a empresa reclamada objetivava afastar o direito à estabilidade provisória da gestante sob o argumento de que desconhecia o estado fisiológico da gravidez, o qual era desconhecido pela própria mulher, não podendo se falar em responsabilidade objetiva.

O primeiro ponto que chama atenção é que participaram da votação apenas ministros homens, sendo eles: Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto

Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O ministro Toffoli estava na Presidência, estando impedida a ministra Rosa Weber e ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello e a ministra Cármen Lúcia.

O recurso foi desprovido pelo voto de seis ministros, sendo que apenas o ministro Marco Aurélio votou pelo provimento.

A tese fixada foi a seguinte: “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”.

Sobre as problemáticas existentes no julgado, tem-se primeiramente uma composição estritamente masculina, o que traz à tona, mais uma vez, a escassa participação feminina no judiciário brasileiro, já abordada em tópico anterior.

Ainda, é interessante notar que a palavra mulher apareceu dezesseis vezes no acórdão, enquanto a palavra nascituro apareceu trinta vezes, o que denota uma preocupação maior com um ente concebido, mas sem personalidade jurídica, do que com a mulher e verdadeira titular dos direitos em debate.

Da análise da ementa do acórdão é fundamental ressaltar o que aparece em destaque: a proteção do direito à maternidade, não de uma função social particular do gênero feminino, como se depreende de uma análise mais aprofundada dos argumentos que permeiam a formação da *ratio decidendi*. Assim, o que se protege, em última análise, é o gênero feminino, única e exclusivamente quando exerce a sua função típica (e socialmente esperada) de mãe, cumprindo fielmente com os estereótipos de gênero que se espera da mulher e que fazem parte do imaginário social dos julgadores (todos homens, repise-se).

Face à necessidade de se ponderar que há, neste julgamento, uma questão de gênero que não é lateral, mas inerente ao próprio mérito da demanda, os julgadores optam deliberadamente por escamotear a questão de gênero como periférica, tratando a proteção à maternidade como o interesse juridicamente protegido no deslinde da causa, isolando em argumentos estanques o direito à maternidade e o gênero feminino, como se não fossem questões umbilicalmente conectadas, o que se faz sem maiores problematizações argumentativas.

Quando, seja por ingenuidade ou por interesse, se ignora a questão de gênero central enquanto fundamento da *ratio decidendi* do acórdão, o resultado prático é que fica obnubilado o argumento (que deveria ser central se o julgamento fosse realizado com perspectiva de gênero) que há uma oposição entre os interesses do gênero masculino e o gênero feminino, pois as questões inerentes ao gênero feminino apenas podem ser analisadas tomando como pano de fundo a existência de um gênero masculino que lhe é contraponto.

Desta feita, a consequência prática da linha argumentativa adotada é de que, ao se adotar a proteção à maternidade como bem jurídico a ser defendido no deslinde da causa, se está a apagar, de forma deliberada, que há uma questão muito relevante que diz respeito ao gênero masculino de igual modo, que é a competição entre ambos os gêneros dentro do mercado de trabalho, questão esta que foi ignorada, como se a proteção à maternidade apenas dissesse respeito às mulheres que optam por ter filhos; e que os homens (com filhos ou não) não fossem parte interessada na solução jurídica a ser dada ao caso, seja ela qual for.

Também, a ideia de suposta defesa da família deve ser vista com cautela, por normalmente agregar forças conservadoras e que enxergam a mulher apenas pelo viés de reprodutora, cujo corpo não goza de autonomia, além de estar-se referenciando apenas o modelo tradicional de família, com uma moralidade subjacente e que exclui tantos formatos plurais.

Sobre o tema, analisando Françoise Héritier, Marcos Alves da Silva (2013) aduz que a dominação do homem sobre a mulher dentro de uma cultura patriarcal não decorre de uma suposta fragilidade natural e biológica, relacionada à gestação e ao aleitamento, mas sim de uma tentativa de se controlar algo específico e único que é a procriação.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, alguns trechos do voto do ministro Marco Aurélio que, apesar de não ter sido acompanhado pelos demais julgadores, é repleto de considerações problemáticas e que desconsideram, por completo, a importância de proteção da mulher na hipótese. O ministro traz a empresa empregadora como vítima e coloca a mulher gestante como algoz. Confira-se:

Ao admitir a incidência da responsabilidade objetiva, o Tribunal de origem desbordou do fato gerador da estabilidade da gestante, observados os limites do texto constitucional, uma vez reconhecida a garantia ao emprego, independentemente da ciência, pelo empregador, da gravidez. Puniu-o, mediante as consequências financeiras decorrentes, sem a presença do elemento subjetivo revelador do descumprimento das normas de proteção da mulher e do nascituro. Em síntese, impôs o dever de indenizar, sem o concurso de culpa, muito menos de dolo. (...) O direito à estabilidade pressupõe a prévia ciência deste quanto ao estado fisiológico da gravidez, o qual poderá ser objeto de comunicação pela prestadora de serviços e comprovado por qualquer meio idôneo, presentes as balizas da legislação ordinária. Surge em desarmonia com a previsão constitucional concluir pela estabilidade em situação em que a própria empregada, no momento da ruptura do vínculo empregatício, não sabia estar grávida, o que se dirá da falta de conhecimento pelo empregador. A prevalecer a óptica revelada no acórdão, em segundo plano ficará a exigência constitucional – a confirmação da gravidez no curso da relação de trabalho –, determinando-se a quem não praticou qualquer ato ilícito, com distanciamento da ordem jurídico-constitucional, o dever de indenizar (BRASIL; TRF 5ª Região, 2012).

Em momento algum se verifica uma preocupação com a mulher gestante, mas apenas um raciocínio utilitarista, cujo foco de proteção é a empresa reclamada, que é vista a todo momento como injustiçada. Ademais, se instaura para fins argumentativos, uma oposição entre racionalidade capitalista, visando o lucro como interesse principal, e a necessidade de reprodução social dos indivíduos de determinada sociedade, como se ambas as racionalidades fossem opostas, e não complementares, pois hoje se sabe que é a economia do cuidado do gênero feminino que possibilita a expansão da racionalidade capitalista-instrumental.

Não há, no voto, considerações sobre a importância de proteção dessa mulher e de garantia de um direito básico trabalhista que é a estabilidade provisória nessa fase tão sensível de sua vida que é o período gestacional.

Nesse sentido, a forma como discursos machistas e sexistas são trazidos pelo judiciário, ainda que de maneira sutil e, para muitos, imperceptível, demonstra a perpetuação de uma violência institucional que traz estereótipos e discriminações que são absorvidas e reproduzidas constantemente.

Verifica-se, também, que embora tenham chegado a um resultado comum, com a fixação da tese já mencionada, ao se analisar os fundamentos dos votos, cada um dos ministros utiliza de um argumento diferente.

O ministro Alexandre de Moraes defendeu que a estabilidade é um direito social irrenunciável, com dupla titularidade, já que protege a mulher, mas também a criança, de modo que basta o requisito biológico, independente de outros critérios formais. Para ele não se analisa responsabilidade objetiva do empregador, mas sim a mera existência da gravidez antes da dispensa, não importando comunicação ou constatação. Confirma-se o seguinte trecho:

A ratio dessa norma, a meu ver, não é só o direito à maternidade, mas também a absoluta prioridade que o art. 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive, ao recém-nascido. É um direito de dupla titularidade. Não entendo aqui que deve se tratar de dolo, culpa, responsabilidade objetiva. Não! É, insisto, a constatação da efetividade máxima – e esse é um dos critérios interpretativos de todos os direitos fundamentais, entre eles, uma das espécies, os direitos sociais –, a efetividade máxima de um direito social, direito à maternidade, no seu direito instrumental, a proteção contra dispensa arbitrária da gestante que protege, também, ao recém-nascido do art. 227; não entendo que se deva aqui exigir um requisito a mais, exigir requisito formal; não a confirmação, mas um aviso formal da existência da gravidez (BRASIL; STF, 2018a, p. 4).

O ministro Edson Fachin, por sua vez, afirmou que o artigo 10, II, b do ADCT é um preceito de aplicabilidade imediata, direta e integral, não admitindo restrições desproporcionais. Sobre o direito da mulher faz apenas uma breve consideração no sentido de

que “a proteção à maternidade e à infância nasce desde o momento em que a gravidez passa a existir como um estado da mulher empregada”.

Luís Roberto Barroso, em seu voto, aduziu apenas que o objetivo da norma é a proteção do nascituro e que não há penalização do empregador, já que quem arca com o salário-maternidade é a Previdência.

O sentido e o alcance da norma, a meu ver, são de proteger o nascituro, assegurar a ele uma condição melhor e assegurar à mãe uma permanência no emprego, numa situação em que, normalmente, a sua empregabilidade em outro lugar seria de maior dificuldade. Não me é indiferente a boa-fé do empregador, mas a verdade é que o ordenamento tutela o nascituro, e ao empregador tudo que se impõe é a reintegração da empregada, até porque, durante o período do salário maternidade, quem vai arcar com o ônus é a própria Previdência, não o empregador. De modo que também não acho que ele seja penalizado desmedidamente (BRASIL; STF, 2018a, p. 25).

O ministro Fux defendeu que a *ratio* do dispositivo é bifronte, protegendo a gestante que também alberga a proteção do nascituro, ainda que ela desconheça seu próprio estado de gravidez.

Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores advogados e estudantes presentes. Senhor Presidente, eu também entendo que a *ratio essendi* do dispositivo é bifronte, a proteção à gestante que compreende também a proteção ao nascituro. Acrescento que a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho dispensa essa confirmação para efeito dos benefícios decorrentes da maternidade (BRASIL; STF, 2018a, p. 26).

Lewandowski, em seu voto, afirma que a norma protege a família, a maternidade e o nascituro, “possibilitando à mulher reunir condições materiais para levar adiante a gestação e manter-se economicamente até, pelo menos, os 5 meses de vida da criança”. Por tal motivo, bastaria a confirmação objetiva do estado fisiológico da gravidez.

Gilmar Mendes, por outro lado, se limitou a afirmar que a jurisprudência da Corte já estava consolidada no mesmo sentido.

Considerando que não houve um debate profícuo entre os ministros julgadores, da leitura dos votos que constaram do acórdão não é possível, de forma, clara, identificar se as razões de decidir compreendem (i) a proteção da mulher; (ii) a proteção do nascituro; (iii) a proteção dos dois; (iv) a proteção da família; (v) a proteção da maternidade; (vi) proteção do entendimento jurisprudencial da Corte.

Há, dessa forma, uma dispersão de fundamentos, na medida em que cada ministro traz razões próprias e de forma dissonante das trazidas pelos demais, para negar provimento ao

recurso. Embora tenha sido construída uma decisão final, não reflete um posicionamento institucional que possa ser extraído sobre o que está sendo, de fato, protegido por essa decisão.

Ainda que o resultado final possa ser considerado como favorável aos interesses do gênero feminino, verifica-se que em nenhum momento as questões da desigualdade entre os gêneros, divisão social do trabalho, estereótipos de gênero, relações desiguais de poder foram sequer problematizadas nem como argumentos laterais ou *obiter dicta*. Podemos afirmar que, em um processo cuja questão central era a gravidez e a maternidade, todas as questões de gênero inerentes a este tema foram apagadas, de modo que um leitor despretenhoso, ao terminar a leitura do acórdão, não identifica nenhuma importância de um julgamento com perspectiva de gênero para este mister, vez que estas questões não foram tratadas como importantes, ou não foram tratadas de modo algum.

Em um processo que serve como precedente, ou seja, como formador de consensos argumentativos a serem utilizados no julgamento de outras demandas, seria razoável esperar que as questões de gênero subjacentes fossem, ao menos, problematizadas, ainda que não como parte da *ratio decidendi*, no intuito de que, quando os demais órgãos julgadores fossem analisar os novos casos à luz do precedente firmado, tivessem acesso a todas as questões que deveriam ser consideradas de um modo sério como fundamento de decisão.

Como aduz Bartlett (2020) a importância de se fazer as perguntas pela mulher quando do julgamento dos casos que tenham questões de gênero vai muito além da possibilidade de que a resposta para estas perguntas influenciem o julgamento de modo “favorável” às mulheres, sendo certo que estas perguntas devem ser feitas, e respondidas a contento, mesmo quando a sua resposta não “beneficiar” as mulheres no deslinde da causa, mas sim para que as partes, e a sociedade em geral, compreenda a importância da análise de todas as questões de desigualdade de poder entre os gêneros a fim de que se chegue em uma decisão final socialmente justa e de acordo com a igualdade substancial.

3.3 Recurso Extraordinário n. 1.058.333 – Tema 973

O segundo precedente a ser analisado é o Recurso Extraordinário n. 1.058.333, Tema 973 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 21 de novembro de 2018, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux.

Trata-se de um recurso interposto pelo Estado do Paraná contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná que, em um concurso público para provimento de cargo de policial militar do estado, manteve a sentença que concedeu a segurança pleiteada pela

candidata Eveline Bonfim, gestante de 24 semanas, para que pudesse realizar o teste físico em momento posterior à sua gravidez.

Para o Estado, havia violação ao princípio da igualdade, na medida em que o edital estabelecia que não haveria segunda chamada em qualquer fase do certame, independentemente do motivo alegado e que a reserva de vaga violava a continuidade do serviço público.

Cumprе ressaltar, de antemão, que antes do início da análise do mérito do recurso propriamente dito, a Corte entendeu necessária a realização de um *distinguishing* em relação ao Tema 335 (RE 630.733). No Tema 335 a Corte fixou a tese que problemas temporários de saúde ou circunstâncias pessoais dos candidatos não são aptos a justificar remarcação de etapas de concurso público, salvo se o edital do certame dispor em contrário. Não obstante se compreenda, por motivos de manejo das adequadas técnicas de controle de constitucionalidade, as razões da necessidade deste *distinguishing*, para fins de criação de uma nova tese jurídica baseada em circunstâncias fáticas completamente distintas, o simples fato de o julgado ter de iniciar separando os conceitos de gravidez e doença já diz muito sobre o estado da arte da jurisprudência acerca de questões de gênero. *Contrario sensu*, se há necessidade de diferenciação entre os conceitos de gravidez e doença isto significa que esta distinção não é óbvia ou tampouco autoevidente, seja aos olhos da sociedade em geral, seja aos olhos da mais alta Corte de justiça do país.

Participaram da votação os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, sendo o ministro Toffoli o Presidente.

O recurso foi desprovido, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio, com a fixação da seguinte tese: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.”

Da análise desse caso percebe-se, mais uma vez, uma ausência de debate entre os julgadores, podendo-se verificar que também houve diferentes razões que justificaram os votos individuais.

Para o ministro Fux, de forma bem resumida, deve ser salvaguardado o direito à saúde, à maternidade e ao planejamento familiar. Trouxe, também, importantes considerações sobre a necessidade de minimizar o desnível de oportunidades existentes entre homens e mulheres, sendo que o *discrímen* autorizativo da remarcação, na hipótese, promove a igualdade material e outros valores protegidos pela Constituição Federal.

A par dos direitos individuais da candidata, a remarcação do teste de aptidão física se impõe como medida de promoção de outros interesses igualmente tuteláveis, tais como a proteção à maternidade e a família, o direito à saúde e ao planejamento familiar.

(...)

Novamente em benefício da criança e da família, não se pode tolher o direito de a mãe buscar profissionalmente maiores recursos para a criação de seus filhos. A premissa velada de que a genitora estaria menos apta ao desempenho de cargos públicos que exigem compleição ou condicionamento físico é discriminatória, como visto acima, e prejudica não apenas a candidata, mas todo o plexo familiar. Já o princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. Para tanto, o constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento (art. 226, §7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Por força desse direito, não se pode admitir qualquer ingerência de outrem com vistas a restringi-lo ou condicioná-lo. O Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família. Se disso decorre o dever de intervir nas relações privadas, a fim de horizontalizar os direitos fundamentais, mais ainda quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado, pelas mãos de administradores públicos que estabelecem os requisitos editalícios. O direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento na dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar “vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO et al. Op Cit. p. 2122). A partir dessa explicitação, reconhece-se a autonomia existencial para fins reprodutivos, com os efeitos normativos decorrentes. (BRASIL; STF, 2018b, p. 18-19).

Do voto do relator é possível identificar, ainda que de uma forma embrionária, a compreensão da gravidade da questão de gênero que perpassa o mérito da demanda, uma vez que é mencionada a questão da transindividualidade do interesse protegido na causa, além de um relativo aprofundamento sobre a forma como uma jurisprudência prejudicial às gestantes implica prejuízo para a igualdade material entre homens e mulheres, notadamente em relação à proibição de discriminação nas relações de trabalho e no serviço público. Ademais, o relator faz questão de frisar a necessária observância de todo o arcabouço legislativo de direito internacional do qual o Brasil é signatário e que visa pôr um fim à desigualdade de gênero e conclui que a remarcação do teste físico da gestante é um *discrímen* razoável e suficiente para igualar as oportunidades por meio de um tratamento formalmente desigual.

De relevo mencionar também que o Min. Fux, no voto relator, aponta que não é possível que os ônus decorrentes do estado gravídico recaiam única e exclusivamente sobre as mulheres, pois é imperioso que a sociedade, enquanto coletividade, reparta os deveres inerentes à sua própria reprodução. É reforçado, como argumento, o ponto de que a aparente objetividade e neutralidade do edital, ao supostamente prever regras gerais e abstratas para

todos, nada mais faz do que cumprir o seu papel de estrutura de dominação do gênero masculino sobre o feminino, utilizando-se do verniz da igualdade para, de forma velada, perpetrar uma forma de dominação.

Por fim, já rebate de antemão um sofisma utilizado pelo Min. Marco Aurélio de forma sub-reptícia no voto divergente, de que as mulheres poderiam deliberadamente utilizar a gravidez como forma estratégica de benefício nos concursos públicos em que fossem participantes. Fux demonstra que, na verdade, as mulheres que decidem engravidar acabam por assumir um elevado fator de desvantagem, seja na esfera pública ou na privada, de forma quase que perene em uma sociedade extremamente competitiva como a nossa, razão pela qual se a gravidez fosse utilizada como “estratégia” para algo seria a estratégia com pior resultado possível, pela série de ônus que acarreta.

Mesmo quando são utilizados outros fundamentos para justificar a decisão, como a proteção à maternidade, o planejamento familiar e o melhor interesse da criança/adolescente, verifica-se que há um cuidado perceptível de fugir dos estereótipos de gênero mais grosseiros, que sempre identificam a mulher como o ser voltado para a família, ou a maternidade como destino e objetivo das mulheres. A proteção à maternidade, o planejamento familiar e a necessidade de observação do melhor interesse da criança/adolescente são abordados de um modo tão objetivo quanto possível e vinculados à necessidade de observância da sociedade como um todo e não da mulher de forma exclusiva ou principal.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, afirmou que a família, a criança, o recém-nascido e a maternidade merecem a proteção do Estado.

Sob essa ótica, a proteção especial à família – e, no caso em questão, estamos discutindo a própria constituição biológica da família – exige um tratamento diferenciado à gestante, durante o concurso público, especialmente para a realização de exames físicos. Essa possibilidade caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –, quanto da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (BRASIL, STF, 2018b, p. 38).

Barroso, em seu voto, afirmou que a possibilidade de remarcação do teste físico, no caso, independe de previsão editalícia, pois decorre diretamente da adequada interpretação da Constituição que garante a igualdade em todas suas dimensões.

A ministra Rosa Weber afirmou que a maternidade exige cuidados especiais, sendo a remarcação possível para assegurar a igualdade material das mulheres frente ao gênero masculino.

A maternidade em absoluto é uma doença, mas exige, sim, cuidados especiais. Trata-se de peculiaridade que permite seja entendida como um fator de *discriminen* (sic) para assegurar a igualdade material das mulheres frente ao gênero masculino. A mulher, que é tão discriminada, enfrenta tantas dificuldades no mercado de trabalho em comparação aos homens, nessa fase especial da gravidez, sem dúvida, demanda cuidados que assegurem a remarcação do teste de aptidão física. Destaco que, na espécie, o edital não proibia, apenas vedava a remarcação em caso de uma doença. E, nessa mesma linha, é inaplicável o nosso precedente de repercussão geral. (BRASIL, STF, 2018b, p. 56)

Cármem Lúcia, em seu voto, também abordou o princípio da igualdade e trouxe considerações sobre o histórico de preconceito que as mulheres sofreram na tentativa de acessarem cargos públicos. Segundo a ministra, é necessária uma compensação jurisprudencial de forma a trazer o equilíbrio e a igualdade, menciona ter presenciado ao longo de sua carreira períodos históricos em que mães solteiras e mulheres desquitadas não eram sequer aprovadas em concursos para a magistratura, pois eram eliminadas na fase da investigação social ou do exame psicotécnico. Ademais, conclui que a concepção de um filho acarreta inúmeras dificuldades para as mulheres ingressarem, se manterem e lograrem promoções na carreira da magistratura, vez que usualmente são preteridas em promoções por critérios de aparência objetiva, como a quantidade de licenças médicas.

Lewandowski afirma que a proteção à gestante é necessária para proteção do nascituro e ressalta a importância de se afastar o preconceito em suas diversas formas.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, também aduz que a possibilidade decorre da Constituição e não precisaria estar expressa no edital.

O ministro Celso de Mello apenas acompanhou o voto do ministro Fux.

Merece especial atenção o voto do ministro Marco Aurélio que traz apontamentos nitidamente preconceituosos, machistas e que perpetuam estereótipos de que a mulher engravida sempre porque quer, devendo arcar com as consequências de sua escolha de modo a não prejudicar a Administração Pública. Confira-se:

Reconheço que é um projeto muito ousado inscrever-se em um concurso público para a Polícia Militar e, ao mesmo tempo, engravidar, e uma gravidez – penso, presumindo o que normalmente ocorre – querida, uma gravidez buscada. Não se trata daquela situação que se mostrou – sob a minha óptica – mais favorável para admitir-se a segunda época, na prova de esforço, em que envolvida força maior, na espécie caso fortuito, já que, como costume denominar, a deformidade sublime –

não cogito de aleijão –, deformidade porque a mulher fica fisicamente alterada ante a gravidez, e sublime porque porta um ser. A gravidez não é uma doença e assim não pode ser tomada como a configurar força maior e, portanto, caso fortuito.

(...)

No caso concreto, o edital mostrou-se claro na vedação a uma segunda prova, inclusive a de esforço. A gravidez, reafirmo, não é imprevisível. Dizer-se que se deve desconhecer a tese fixada sob o ângulo da repercussão geral, no precedente ao qual me referi, no extraordinário de nº 630.733, a pretexto de agasalhar-se esse fato, a gravidez é um passo, para mim, demasiadamente largo, que não dou.

Tem-se mais: qual foi a ação ajuizada para lograr-se a remarcação? Uma ação que tem, como primeira condição, direito líquido e certo: o mandado de segurança. Reconheceu-se a presença desse direito líquido e certo, contrariando-se o que aponte como lei do certame, ou seja, o edital, que obriga indistintamente a Administração Pública e aqueles que se apresentam para concorrer, objetivando a ocupação do cargo visado pelo concurso.

Ante esse contexto, não tenho como concluir que a decisão prolatada se afina com a Constituição Federal – no que impõe o tratamento isonômico, pouco importando o gênero –, no que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade estrita. E o edital é claríssimo, a obstaculizar – e todos os candidatos ficaram alertados quanto a isso – a remarcação das provas. (BRASIL; STF, 2018b)

É nítida a redução da mulher nessa fala, vista como oportunista e aproveitadora, em uma decisão descontextualizada e discriminatória. Verifica-se que o argumento da igualdade é utilizado como fundamento de invalidação de um direito para o gênero feminino, ignorando-se todas as vicissitudes mencionadas nos votos anteriormente prolatados. Para fins de retórica, a igualdade é analisada em conjunto com o livre arbítrio da mulher em, supostamente, engravidar se e quando quer. O que não se diz de forma direta, mas que pode ser depreendido da linha argumentativa adotada, é que a igualdade depende da vontade subjetiva da mulher, basta não engravidar e ela atinge por meios próprios a igualdade com o gênero masculino. Se a mulher, por vontade própria, livre e consciente, opta por engravidar, significa que ela está voluntariamente abrindo mão da sua possibilidade de ser igual, razão pela qual merece ser tratada de forma discriminatória pelo Estado.

Embora seja um posicionamento isolado de um dos ministros do STF, cabe à Corte Constitucional garantir a proteção e acolhimento de grupos socialmente oprimidos e, em especial, não se valer de discursos que legitimam uma desigualdade de gênero e naturalizam opressões sistemáticas, tanto no âmbito público quanto privado.

De todo modo, em que pese conhecida a tese fixada, não é possível determinar uma fundamentação única e racional utilizada por todos ministros, existindo dúvidas sobre o objeto de proteção no caso: A saúde? A maternidade? O planejamento familiar? A criança já nascida? O nascituro? O princípio da igualdade?

Da análise da ementa do acórdão, bem como do inteiro teor, de modo algum está clara e inequívoca a *ratio decidendi* da causa. Conforme visto, vários elementos informativos são colocados, sem a maior profundidade e problematização, de forma que, mais uma vez, embora

a tese firmada tenha sido favorável aos interesses mais gerais do gênero feminino, com a permissão da candidata remarcar o teste físico do concurso público pleiteado, o/a leitor/a não sabe exatamente o porquê de assim se ter decidido. Assim, podemos afirmar que se decidiu da forma correta, sem os critérios adequados, ou sem a explicitação dos parâmetros de modo algum, situação que é agravada pelo sistema de votação adotado na suprema corte que faz com que 11 ministros firmem uma tese jurídica com base em 11 fundamentos completamente distintos.

Todavia, é importante ressaltar que o segundo acórdão analisado possui um inegável avanço feminista em relação ao primeiro. Não obstante ainda persistam, de forma residual, argumentos em favor de uma visão estereotipada do gênero feminino, como, por exemplo, quando se coloca a proteção da maternidade como tão somente algo que diga respeito às mulheres, verifica-se que neste acórdão o relator identificou a necessidade de encarar o julgamento do mérito da demanda como uma questão de gênero. Ademais, teceu importantes considerações acerca da desigualdade de gênero, desigual distribuição de poder, necessidade da adoção de um conceito de igualdade problematizado, inclusive com citação de literatura feminista como parte da fundamentação.

3.4 Recurso Extraordinário n. 778.889 – Tema 782

O terceiro recurso a ser analisado é o Recurso Extraordinário n. 778.889, Tema 782 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 26 de agosto de 2016, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso.

A servidora pública da justiça federal Mônica Correia de Araújo obteve a guarda provisória para fins de adoção de uma criança que contava com um ano, um mês e alguns dias de vida e, por tal motivo, requereu a licença maternidade, que foi deferida pelo prazo de trinta dias e prorrogada por mais quinze dias, com fulcro no artigo 210 da Lei n. 8.112/90, Lei n. 11.770/08, Decreto n. 6.691/08 e Resolução n. 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Mônica requereu, então, prorrogação da licença, de modo que usufruísse 180 dias do benefício, sendo 120 a título de licença maternidade e 60 dias a título de prorrogação, tal como garantido pela Constituição Federal, que não diferencia direitos entre filhos naturais ou adotivos.

Considerando a negativa da Administração, impetrou mandado de segurança, cuja ordem foi denegada em primeira instância. Em segundo grau a sentença foi mantida, sob o argumento de que as mães biológicas passam por transformações físicas e psicológicas que

justificam um período maior de repouso, além da própria recuperação do parto que impede o desempenho adequado das atividades profissionais. Ainda, mencionou a amamentação, atribuída somente às mães que gestaram, como critério a justificar a diferenciação do prazo.

Mônica interpôs recurso extraordinário, invocando a violação ao art. 7º, XVIII, c/c art. 39, §3º, CF e ao art. 227, §6º, Constituição Federal.

Participaram da votação, sob a Presidência do Ministro Lewandowski, os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Lux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Ausentes, justificadamente, os ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello.

O recurso foi provido, por maioria, vencido, mais uma vez, o ministro Marco Aurélio. A tese fixada foi a seguinte: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

Alguns pontos merecem análise, a começar pelo fato de que apenas em 2016 o STF garante o princípio da igualdade entre as mulheres gestantes e adotantes, independentemente da idade da criança.

Para compreendermos o estado da arte da jurisprudência brasileira acerca de determinadas questões é interessante verificar parte do teor da ementa do julgamento do tribunal *a quo*, que fundamenta a necessidade de diferenciação dos conceitos entre maternidade biológica e adoção em critérios biológicos, como se o instituto da maternidade não fosse além da biologia:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO DE CRIANÇA. LICENÇA À ADOTANTE. EQUIPARAÇÃO COM AS SERVIDORAS GESTANTES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.112/90, ART. 210 E RESOLUÇÃO N 30/2008-CJF. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS. (...). 2. A diferenciação de períodos de licença-maternidade estabelecida pela Lei nº 8112/90, bem como pela Resolução nº 30/2008 para as servidoras que adotam uma criança e para aquelas que geram os filhos naturalmente não ofende o princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, eis que existem diferentes necessidades para ambas as mulheres, as quais não se encontram inseridas em uma mesma situação fática, motivo pelo qual existem prazos diversos para as licenças de cada uma. 3. As mães biológicas, durante a gestação, passam por transformações físicas e psicológicas, além de submeterem-se ao procedimento do parto, precisando de um maior período de tempo em repouso não só para a recuperação pós-parto, mas também para proteger sua própria saúde, haja vista que por questões fisiológicas não conseguem desempenhar suas atividades profissionais. 4. Não bastassem essas razões, a servidora que deu à luz necessita amamentar por 6 (seis) meses, período recomendado pelos médicos para que a criança se desenvolva de uma maneira saudável. As mães adotivas, por sua vez, não passam por qualquer intervenção médica, tampouco amamentam seus filhos, justificando, assim, a diferença entre as duas situações e a necessidade de concessão dos prazos diversos para a licença-

maternidade. 5. O legislador estabeleceu tempo razoável à efetiva convivência familiar entre a mãe e o filho adotivo, possibilitando-se estreitar os laços afetivos entre ambos e assegurar o saudável crescimento do menor, não havendo como equiparar os períodos entre as licenças à gestante e à adotante. 6. Apelação improvida (BRASIL; STF, 2016).

Assim, embora a análise transborde do estrito escrutínio do acórdão do STF, essencial verificar que tanto no primeiro grau, quando teve seu pedido negado na liminar e no mérito, quanto no segundo grau que analisou a questão em sede de recurso, os critérios utilizados para diferenciar a mãe biológica e a mãe adotiva são exclusivamente biológicos, tudo a justificar que a maternidade da mãe biológica mereça uma proteção jurídica mais densa do que a maternidade adotiva, uma vez que apenas a mãe biológica se submete ao parto, apenas esta passa pelo período da amamentação e, segundo o acórdão recorrido, apenas a mãe biológica passa por transformações psicológicas, situação esta que não alcança a mulher que resolve adotar uma criança. Esta linha de raciocínio demonstra, de forma inequívoca, a utilização de um estereótipo de gênero que vincula o instituto da maternidade única e exclusivamente com as funções biológicas do sexo feminino, tudo a demonstrar desconhecimento básico da diferença entre sexo e gênero.

Além disso, é importante salientar que a tutela da maternidade pressupõe a proteção de direitos que vão além do afastamento para o parto e amamentação, como até então era reconhecido. É imperioso que haja uma preocupação com a saúde física e mental da mulher mãe, um olhar atento ao tempo necessário para os cuidados e participação na vida do novo filho, a adaptação e nova rotina familiar, independente de estarmos diante de um filho biológico ou decorrente de um processo de adoção.

Nesse julgamento, como nos anteriores, também não há um debate claro entre os julgadores, podendo-se identificar diferentes razões de decidir.

O relator, ministro Barroso, além de discorrer sobre o único alcance possível a ser dado ao artigo 7º, XVIII à luz dos compromissos constitucionais e decorrentes de normas internacionais, traz importantes reflexões sobre o impacto maior da adoção na vida da mulher, as demandas novas que surgem e a tentativa de compatibilização com os demais papéis e tarefas que já lhe incumbem. Assim, conclui que a lei não pode instituir prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações, ainda que se trate de uma adoção tardia, já que representaria uma violação a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF,

art. 5º, caput e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV).

De ressaltar que o cerne da argumentação do voto do relator é referente à ocorrência de uma mutação constitucional do conceito de filho, o que justificaria a nova interpretação dada pelo STF, que nada mais estaria fazendo do que transplantar para a realidade jurídica as mudanças fáticas ocorridas no seio da sociedade. Assim, verifica-se um esforço argumentativo no sentido de historicizar o conceito de filiação em uma trajetória que se inicia nos tempos bíblicos e deságua na sociedade brasileira pós-1988.

O ponto que merece detalhada atenção é que, a partir da linha de argumentação utilizada, ainda que o mérito da demanda verse sobre licença maternidade, verifica-se que não há quaisquer problematizações sobre as questões de gênero que perpassam o cerne da demanda. Passa-se ao largo da questão da economia do cuidado, de como este serviço é mal pago, ou não pago de modo algum no sistema capitalista brasileiro e mundial e, principalmente, de que é uma tarefa reservada quase exclusivamente ao gênero feminino.

Assim, é de rigor ressaltar, que o relator deliberadamente opta por conceder o direito à recorrente, sendo certo que esta decisão implicou o alargamento dos direitos concedidos ao gênero feminino, de forma justa. Entretanto, os principais fundamentos utilizados, mutação constitucional do conceito de filiação e, conseqüentemente, do conceito de adoção, mudança de paradigma do trato das crianças e adolescentes por parte do Estado, novo conceito de infância, trazidos pela Constituição de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, pela Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016 sobre políticas públicas para a primeira infância, bem como isonomia e impossibilidade de tratamento distinto entre filhos biológicos e adotados, passam ao largo de importantes questões de gênero que poderiam e deveriam ter sido utilizadas como fundamento para a decisão final a qual se chegou.

Apenas no último argumento desenvolvido pelo relator, inclusive quando já havia indicado a forma como decidiria o mérito, há menção à desigualdade de forças entre o gênero feminino e o masculino. Barroso discorre sobre a particular carga a ser suportada pelas famílias que optam pela adoção no Brasil, concluindo que, por razões culturais, a maior parte desse ônus é suportado pela mulher. São colacionadas estatísticas científicas que equiparam o percentual de mães biológicas e de mães adotantes no que se refere a depressão pós-parto/pós-adoção, razão pela qual não haveria discrimen razoável ao se tratar maternidade biológica e adotiva de formas distintas. Por fim, menciona tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais obrigam nosso país a proporcionar o pleno desenvolvimento

potencial da mulher, e que a expansão da licença adotante é um justo prêmio para as mulheres, considerando os desafios que esta situação representa em suas vidas.

O ministro Fachin ressaltou a atenção ao princípio da isonomia, de modo que os modelos diversos de família não podem sofrer discriminações injustas. Ressalta que a decisão decorre da tutela do vínculo maternal, bem jurídico que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Não creio, contudo, que se trate de direito de dimensão meramente individual, a requerer apenas a identificação de um único sujeito a ser protegido pela norma. Parece-me, em verdade, que ambos, mãe e filho, serão protegidos por meio da tutela do vínculo maternal, esta a verdadeira dimensão na qual os valores constitucionais se concretizam através da garantia do direito ao gozo da licença-maternidade. Quando se considera que o vínculo inicial entre mãe e filho é bem jurídico a ser protegido pelo ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição erigiu o afeto como liame ressignificador das relações familiares, mostra-se necessária a extensão da licença-maternidade à mãe adotante, de modo que ela goze do mesmo tempo da mãe biológica, para conviver com a criança ou o adolescente, e fortalecer o vínculo que deverá uni-las durante a vida. Ora, a necessidade de que a mãe adotante estabeleça uma relação parental com a criança ou o adolescente a ser adotado consiste em justificativa para um tratamento isonômico entre ambas as situações. É evidente que a mãe biológica passa por situações que a mãe adotante não experimentará. No entanto, a tarefa de integrar uma criança à família, seja de que idade for, de acostumá-lo à rotina da casa, de compreender seus medos, de auxiliá-lo a enfrentar as dores do abandono, a aceitar as alegrias de um novo lar, de despertar, enfim, nessa criança ou nesse adolescente, o amor de filho e de despertar, também em si mesma, o amor de mãe, essas tarefas não podem ser tidas como menores, a ponto de não necessitarem de período razoável de adaptação, como sustentou o acórdão recorrido. (BRASIL; STF, 2016, p. 51).

O ministro Teori Zavascki acompanhou o relator, deixando claro que não é possível uma desigualação discriminatória.

A ministra Rosa Weber também acompanhou o relator e ressaltou que à luz do princípio da isonomia não há razoabilidade para tratamento desigual à mãe adotiva, devendo prevalecer a proteção da criança e da família.

Especificamente, com relação ao tema, como disse, acompanho na íntegra o Ministro Luís Roberto e penso que devemos todos nos questionar: quem é a mãe realmente? Mãe é aquela que gesta, que dá à luz, que amamenta? Ou mãe é também aquela que cria, que ama, que educa, que acompanha? Então, à luz do princípio da isonomia - o Ministro Teori agora também enfatizou -, não há causa razoável ao tratamento desigual à mãe biológica e à mãe adotiva, impondo-se a prevalência do interesse da criança. Neste mandado de segurança - em que interposto o recurso extraordinário que estamos a enfrentar, depois de confirmada a sentença em sede de apelação -, o que se discute é o número de dias da licença. A lei - o Ministro Luís Roberto enfatizou -, só em 2002, é que, com relação à iniciativa privada, garantiu o direito às mães adotivas, com o escalonamento. No caso, trata-se de servidora pública que já tinha o direito garantido e visou à igualdade do prazo, porque, como a criança adotada tinha mais de um ano, a ela não

foram assegurados os 120 dias de licença previstos para a mãe biológica. (BRASIL; STF, 2016, p. 55-56)

O ministro Fux, por sua vez, aduz se tratar de um direito do filho, de modo que a norma discriminatória colide com a Constituição.

O ministro Toffoli se limitou a acompanhar o voto do ministro relator.

A ministra Cármen Lúcia também acompanhou o voto do relator, ressaltando que de fato a discriminação não se sustenta, pois um filho é tão filho quanto qualquer outro, independentemente de ter sido ou não gerado por aquela mulher.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, defende que a licença pressupõe a gestação, não sendo possível confundir gestante e adotante, sob pena de se substituir ao legislador. Interessante ressaltar que, mais uma vez, o Ministro Marco Aurélio profere um voto que vai de encontro às considerações de interesse do gênero feminino, entretanto, em vez de enfrentar o mérito da questão, limita-se a argumentar que, no seu sentir, não há incompatibilidade do texto legal com a Constituição Federal, que quando o texto constitucional aduz pela impossibilidade de tratamento distinto entre filhos biológicos e adotados esta possibilidade não abarca a licença maternidade e conclui que, nestes casos em que, segundo ele, não há clara e manifesta incompatibilidade entre o texto legal e o texto constitucional, a Suprema Corte deve se abster de agir para evitar travestir-se de legislador.

O ministro Lewandowski, em seu voto, ressalta que deve haver proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, que veda qualquer discriminação e, também, ao princípio da solidariedade, já que o objetivo da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nota-se que grande parte dos votos é baseada no princípio da isonomia e na impossibilidade de critérios discriminatórios entre a mãe gestante e a mãe adotante, mas percebe-se que outros argumentos são levantados por alguns ministros, tais como: a) a proteção da maternidade; b) proteção da criança; c) igualdade de tratamento de filhos; d) dignidade e autonomia da mulher; e) proibição de proteção ineficiente; f) tutela do vínculo maternal; g) direito do filho; e h) princípio da solidariedade.

Nesse sentido, tem-se que embora haja uma convergência sobre o enunciado fixado a título de tese, há uma contraposição entre as fundamentações utilizadas por cada um dos ministros. Embora seja possível se afirmar, de forma indene de dúvidas, que a adotante tem direito ao mesmo prazo e licença maternidade que a mulher gestante, independentemente da idade da criança, não fica claro, no caso, se o fundamento é apenas o princípio da isonomia, se

está sendo salvaguardada a proteção da mulher, da criança ou do vínculo maternal, por exemplo.

Ao que se percebe, todos os recursos analisados, embora tenham força de precedente judicial, representam um emaranhado de decisões, não sendo possível, mais uma vez, identificar a razão de decidir e que deverá ser usada como premissa para julgamento de casos futuros. Desta feita, em sintonia com os acórdãos anteriores analisados, houve uma decisão favorável aos interesses das mulheres, ampliativa dos seus direitos, mas que não se sabe exatamente porque se decidiu desta forma, se foi em virtude da desigualdade de gênero, da proibição de proteção deficiente das crianças adotadas ou por causa da impossibilidade de tratamento distinto entre filhos biológicos e filhos adotados. As “perguntas pelas mulheres” foram tratadas apenas de forma marginal, quase como um *obiter dictum*, mencionadas como forma de deferência quando o mérito em si já estava decidido.

3.5 Recurso Extraordinário n. 658.312 – Tema 528

O quarto julgamento a ser analisado é o Recurso Extraordinário n. 658.312, Tema 528 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 14 de setembro de 2021, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli.

O estabelecimento empresarial Angeloni & Cia. Ltda. interpôs recurso extraordinário em face do acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que não conheceu o recurso de revista interposto, defendendo que o artigo 384²⁹ da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previa a concessão de descanso de quinze minutos às mulheres no caso de prorrogação do horário normal, antes do início do período extraordinário do trabalho, não havia sido recepcionado pela Constituição Federal. A tese levantada era de que, à luz do princípio da isonomia, o benefício concedido apenas às mulheres geraria uma discriminação no trabalho, já que a necessidade de recomposição da fadiga seria a mesma para homens e mulheres, inexistindo razões para o tratamento desigual. Afirmou, ainda, que a Constituição Federal, especialmente em razão da previsão trazida pelos artigos 5º, I, e 7º, XXX, concretizou, definitivamente, a igualdade entre homens e mulheres. Assim, o pedido consistia na reforma da decisão, para que fosse afastada a condenação ao pagamento da indenização referente ao intervalo de 15 minutos, com adicional de 50%.

²⁹ Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Para fins de esclarecimento, importante mencionar que houve um primeiro julgamento do mencionado caso em 27 de novembro de 2014, tendo sido negado provimento ao recurso por maioria, restando vencidos os Ministros Luiz Fux e Marco Aurélio. Porém, em sede de embargos de declaração, o Tribunal, por unanimidade, anulou o acórdão, uma vez que não houve intimação dos novos advogados constituídos da parte recorrente sobre a data do julgamento.

Foi designada nova data para o julgamento – 14 de setembro de 2016 –, quando então o relator, ministro Dias Toffoli, aduziu que a Constituição admite sim o tratamento diferenciado, em determinadas hipóteses, a partir de alguns critérios, desde que haja uma ampliação dos direitos fundamentais das mulheres e respeito ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças. Ressaltou inexistir fundamento sociológico ou dados estatísticos que comprovem a tese arguida de que a norma prejudicaria a inserção das mulheres no mercado de trabalho. Confirma-se os seguintes trechos:

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres.

Torno a insistir: o *discrímén*, na espécie, não viola a universalidade dos direitos do homem, na medida em que o legislador vislumbrou a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores, de forma justificada e proporcional.

(...)

O fato é que tanto as disposições constitucionais convencionais como as infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados de gênero, desde que existentes elementos legítimos para o *discrímén* e desde que as garantias sejam proporcionais às diferenças existentes entre os gêneros ou, ainda, definidas por algumas conjunturas sociais (BRASIL; STF, 2022, p. 14-16).

Assim, negou provimento ao recurso concluindo que não há tratamento arbitrário ou prejudicial ao homem, de modo que a Constituição Federal não pode ser usada como argumento para eliminar garantias instituídas pelo legislador ordinário, sob pena de se colocar em xeque também outros direitos como o salário-maternidade, licença maternidade e prazo reduzido de aposentadoria.

Neste acórdão uma interessante questão que é tratada, e que não havia sido colocada nos acórdãos anteriores, é que pela primeira vez discute-se a concessão de direitos à mulher, não extensíveis aos homens, pelo simples fato de ser mulher, independentemente de qualquer outra situação ou condição peculiar, como a maternidade ou a adoção. Assim, é possível perceber na linha de argumentação adotada, que neste acórdão há a comparação em abstrato

dos gêneros masculino e feminino sem que qualquer outra condição diferenciadora seja adotada tanto para um quanto para o outro, os papéis sociais dos gêneros são cotejados, apontando-se os privilégios do primeiro e as desvantagens do segundo.

Desta feita, no julgamento final, concede-se um direito a mulher que não é extensível ao homem independentemente de qualquer outra condição que não seja a de ser mulher, o simples fato de ser mulher, o que significa fazer parte do gênero feminino em uma sociedade com significativo desequilíbrio de poder e oportunidades de um gênero em relação ao outro já é discrimen suficiente para que a mulher tenha um direito trabalhista adicional.

O argumento, trazido pelos próprios recorrentes, de que a Constituição de 1988 proibiria qualquer tipo de diferenciação em relação ao gênero, é rechaçado com a ponderação de que a própria Constituição, em diversos momentos, confere direitos adicionais à mulher em relação ao homem independentemente de qualquer outra condição que não seja a de ser mulher, como quando, por exemplo, permite que a mulher aposente-se com idade e tempo de contribuição inferior aos dos homens ainda que laborem na mesma atividade profissional. Dito de outro modo, o fato de a Constituição dispor que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações não leva à consequência de que nenhuma distinção possa ser concedida, desde que o seja pela própria Constituição ou por legislação infraconstitucional atendendo comandos constitucionais, como era o caso do dispositivo da CLT objeto do julgamento.

De acordo com o relator, a Constituição estabelece tratamento distinto e mais benéfico à mulher em relação ao homem pelas seguintes razões: a) reconhecimento da exclusão da mulher no mercado de trabalho, sendo certo que, como forma de redução das desigualdades, cabe ao Estado a adoção de medidas corretivas fáticas e legislativas; b) o fato das mulheres, em geral, possuírem capacidade e força física reduzidas em relação ao homem, o que demandaria especial proteção no desempenho de certas atividades potencialmente extenuantes e c) a deferência constitucional à situação de sobrecarga da mulher em relação ao homem, uma vez que mesmo com a inserção feminina no mercado de trabalho e o fato de que o exercício da mesma (ou maior) carga horária de trabalho do que o homem não impedem que a mulher assuma uma quantidade muito maior de horas de trabalho dedicadas à manutenção do lar e de cuidado com a prole do que os homens na mesma condição.

Assim, segundo o relator, sempre que existirem desigualdades fáticas, sejam estas naturais ou socialmente provocadas, é lícito ao legislador levar a termo medidas com o objetivo de restabelecer o equilíbrio. A lei impõe um tratamento desigual como forma de recomposição da igualdade e é exatamente este argumento que fundamenta o mérito da decisão pela recepção constitucional do art. 384 CLT.

Após o voto do relator, o Ministro Gilmar Mendes começou a arguição expondo suas preocupações com os efeitos decorrentes da manutenção da norma, como a elaboração de estratégias pelas empresas empregadoras, de modo a restringir a participação de mulheres em determinadas atividades, para evitar qualquer ônus financeiro decorrente da proteção dada, o que dificilmente conseguiria ser objeto de fiscalização pelas autoridades competentes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ministra Cármen, eu já tinha produzido um voto torturado quando da sessão anterior.

Eu tinha até registrado, tinha dito que gostaria de compartilhar da visão otimista da Ministra Rosa em relação a como vai se comportar o mercado a partir desse tipo de regras.

Mas eu dizia então:

"Mas eu até adivinho que as coisas não vão ocorrer dessa maneira. E muito provavelmente, a partir dessas definições, muitos setores vão optar ou por não fazer hora extra ou, quando fizerem hora extra, certamente vão dar preferência para o trabalho masculino. Hoje há programas de computador que fazem esse tipo de engenharia institucional em termos de custo.

É bem verdade," - dizia eu - "e a gente não ignora, e é importante que se diga que o Texto Constitucional tem uma norma clara, que é mais uma definição de direitos. Ela, na verdade, fixa um dever de proteção, que é a cláusula do artigo 7º, inciso XX, ao destacar que a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, o que exige, do legislador, um atuar de forma positiva, políticas, até de caráter compensatório, indutoras de estímulos," - etc.

(...)

"Como há uma frustração, por exemplo, com aquela regra que foi referida recentemente pelo Ministro Toffoli a propósito de participação da mulher na política," - Vossa Excelência tinha feito, então, referência - "porque, em princípio, há uma garantia de um percentual para as candidaturas, mas não há garantia quanto à eleição."

E, recentemente, inclusive no TSE, nós verificamos que hoje há um tipo de manipulação pelos partidos políticos que lançam "candidatas" que sequer sabem que são candidatas. Quer dizer, a rigor, descobriu-se, fraudando o percentual, e, portanto, elas sequer recebem o seu próprio voto, o que é uma manipulação grotesca do fenômeno.

Então, eu dizia isso e realmente disse que tinha todas as dificuldades e, claro, o Ministro Fux tinha, inclusive, adiantado a posição nesse sentido.

E depois desse debate, acho que, por um bom acaso, esse tema volta a ser discutido e, quanto mais nós vemos o funcionamento das organizações, pensamos, por exemplo, que as mulheres hoje participam praticamente de todas as atividades. Nós encontramos, hoje, comandantes de avião mulheres, dirigem caminhões, tratores, táxis, policiais, em suma.

(...)

O 7º, inciso XX, da Constituição, manda que o legislador atue no sentido de proteger, inclusive proteger no mercado de trabalho.

Mas tem acontecido também situações estranhas. Nos levantamentos que fiz, por exemplo, na Corte espanhola, houve uma situação da chamada isonomia invertida: homens que passam, então, a reivindicar o tratamento que se deu à mulher diante desse modelo de isonomia.

Mas sobretudo me impressiona, na medida em que esta norma fique consolidada no sistema, vamos imaginar, em atividades que tenhamos um intenso aproveitamento de mão de obra, que se faça essa engenharia institucional e se faça a eliminação ou pelo menos a restrição da participação da mulher. Pouco visível, não é tão suscetível de fiscalização. Então, a mim me impressiona que nós possamos consolidar isso. E por isso até eu disse a Vossa Excelência que, na evolução do debate, talvez eu até pedisse vista, porque realmente quedei-me impressionado com o voto do Ministro

Fux e do Ministro Marco Aurélio, mas também com todos os subsídios hoje da literatura e da jurisprudência que parecem caminhar (BRASIL; STF, 2022, p. 34).

Verifica-se que, segundo a linha inicialmente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, uma ampliação dos direitos da mulher no caso dos autos poderia ter como consequência um prejuízo do ponto de vista da concorrência no mercado de trabalho. Ou seja, dito de outro modo, a adoção de um *discrímén* legislativo redundaria em uma discriminação por parte das empresas que, na pior das hipóteses, diminuiriam a contratação de mulheres em detrimento de homens ou, na melhor das hipóteses, cessariam ou diminuiriam a concessão de horas extraordinárias para as mulheres, reservando-as aos homens de modo a gastar menos com o pagamento do adicional previsto em lei.

Em relação a este argumento, necessário ponderar que a esmagadora maioria dos empregos de baixa qualificação, seja no setor doméstico ou no setor de serviços é destinado às mulheres, não sendo coincidência que o recorrente seja um supermercado de grande porte do estado de Santa Catarina, ramo comercial em que quase a totalidade dos empregos de caixa é de ocupação feminina. Assim, a linha de argumentação adotada como forma de não concessão do direito em questão às mulheres esbarra na própria realidade, haja vista ser pouco provável uma substituição de mão de obra feminina por masculina nos estratos inferiores do mercado de trabalho, somente para evitar ou minimizar o pagamento de pequeno adicional de hora extra, ou adequação da jornada de trabalho para gozo de descanso.

A fala foi interrompida pela Ministra Cármen Lúcia que, de forma clara e assertiva, expôs a discriminação existente no discurso trazido pelo Ministro, especialmente quando referencia situações onde há, hoje, alguma participação feminina, mas que sempre foram realizadas apenas por homens de forma naturalizada, sem igualdade de oportunidades, razão pela qual tem-se como necessárias normas que garantam a igualdade de direitos.

Dado o brilhantismo da explanação, impende citar os seguintes excertos:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu só queria fazer uma observação, Ministro. Vou evidentemente esperar a vista de Vossa Excelência. Agora, eu realmente não votei neste caso, votei como juíza que sou e com a racionalidade que a função impõe, eu acho que eu não preciso muito dos dados de literatura. Eu preciso só da experiência da minha vida e da vida de todas as mulheres com quem eu convivo para saber que, neste caso, discriminatório é a gente desconsiderar que temos diferenças numa sociedade e numa cultura em que, sim, é preciso que haja a adoção desse tipo de providência ainda, e que o fato de o legislador - fato não porque é direito -, mas o legislador ter tomado essa decisão foi baseado num dado, num quadro social que continua a prevalecer grandemente. E eu acho que há tanta discriminação contra a mulher, ao contrário do que aqui foi dito: "Temos mulheres conduzindo Boeing, mulheres e isso e aquilo". A simples referência disso já demonstra discriminação, porque ninguém fala que tinha um

homem sentado aqui desde 1828, desde o Supremo Tribunal de Justiça, e que isto era novidade. É o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz realmente precisar ainda de determinadas ações que são positivas. Se fosse igual, ninguém estava falando. Uma vez, num dos julgamentos aqui sobre a anencefalia, eu me lembro do voto do Ministro Carlos Britto, em que ele disse: "Sabe por que estamos discutindo esta questão? Porque quem faz a lei é homem e quem fica grávida é a mulher. Só por isso. Fosse outra realidade, ninguém estava discutindo."

Então, há, sim, discriminação contra a mulher, há, sim, discriminação mesmo como casos nossos de juízas que conseguimos chegar a posições de igualdade. Há, sim, enorme preconceito contra nós mulheres em todas as profissões. Eu convivo com mulheres que o tempo todo são discriminadas. E estas normas são postas, pelo menos na minha visão, e não estou votando ainda, estou apenas dizendo que Vossa Excelência, com tanto cuidado, pede vista exatamente para examinar dizendo: "Há escritores, há teorias". Não, há a minha vida. Portanto, neste caso, eu dou o testemunho da minha vida, da vida com as pessoas com as quais convivo, de mulheres com as quais convivo, do que foi no sistema eleitoral. Por que, no sistema eleitoral, Vossa Excelência faz referência exatamente a mulheres que são manipuladas? Ninguém fala se aqueles trinta por cento são homens ou mulheres, nem distinguem; trinta por cento têm que ser de um dos gêneros, mas é claro que estão falando de nós. Por que, depois, em determinadas situações, se põem mulheres? E as próprias mulheres dizem: "Somos candidatas que não nos dão conhecimento, não nos dão a participação no financiamento dos partidos, não nos dão tempo de televisão, não nos dão o mesmo espaço nas direções partidárias. E, evidentemente, depois ainda vêm com o discurso: Está vendo? Não foi eleita, não é porque não tinha espaço." Não. Temos uma sociedade, Ministro Gilmar, extremamente preconceituosa, preconceituosa em vários sistemas, racista em vários temas, e, no caso da mulher, muito preconceituosa. E aí estou falando de cátedra.

Agora, exatamente por ser um tema constitucional, racional, e não um testemunho histórico apenas, eu também aguardarei com todo gosto, porque tenho certeza de que a preocupação de Vossa Excelência é justamente o cuidado com o que seja interpretado de acordo com os princípios constitucionais de proteção à mulher.

(...)

Não tenho a menor dúvida, porque Vossa Excelência, no primeiro julgamento, já observou e anotou esse cuidado que tem e que considero extremamente pertinente.

Só fiz esta observação porque acho que a simples circunstância de se dizer: "Está vendo? Já se tem até mulher conduzindo Boeing!" Pois é, os Boeings são conduzidos, os aviões são conduzidos para sempre pelos homens e ninguém faz referência. Por que é normal? Por que, para isso, existe uma situação especial?

Então, só pra dizer que eu aguardo e louvo muito o cuidado, porque, no caso de Vossa Excelência, sei que é para ter esses dados de maneira equilibrada e amadurecida, o que realmente honra a posição de juiz cuidadoso como Vossa Excelência é com esses casos.

Agora, nós queremos é igualdade de direitos exatamente na dignidade que se encerra na identidade de cada um, que é diferente entre homens e mulheres, graças a Deus. Dá certinho esse negócio de homem e mulher, é ótimo inclusive. (BRASIL; STF, 2022)

A argumentação trazida pela Ministra Carmem Lúcia traz a lume a questão de que o simples fato de que algumas (poucas) mulheres ocuparem posições de poder não pode servir de cortina de fumaça para esconder a circunstância de que a maioria das posições de poder são ocupadas por homens, assim como o fato de o STF ter uma mulher ocupando a presidência tem de ser tomado em perspectiva para perceber que anteriormente, desde a fundação do STF, somente homens ocuparam a presidência. Verifica-se que, no próprio âmbito do Poder Judiciário, na entrada as mulheres dividem com os homens a aprovação no

concurso de ingresso na magistratura de forma quase igual, mas quando se trata de ocupar os degraus mais altos da carreira, em Tribunais de Justiça ou mesmo em Tribunais Superiores são sistematicamente preteridas em favor dos homens.

Cármem Lúcia aponta que, não obstante a criação de regras com objetivo equalizador entre os gêneros ser fundamental, a criação de tais normas, por si só, não é suficiente para avançar na promoção da igualdade. Toma como exemplo a lei que determinou a cota mínima de candidaturas femininas para cargos eletivos com o fim de incrementar a participação da mulher na política e que, por uma atuação maliciosa dos partidos políticos acabou por se tornar absolutamente ineficaz, na medida em que são lançadas candidaturas “laranja”, com o objetivo de cumprir formalmente a cota, mas estas candidaturas não são apoiadas pelos partidos com recursos e tempo de rádio e televisão de forma proporcional, sendo certo que o Tribunal tomou conhecimento que algumas mulheres sequer sabem que foram inscritas como candidatas pelos partidos aos quais são filiadas.

O Ministro Gilmar Mendes então se diz impressionado com os argumentos trazidos pela ministra e pede vista dos autos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu já tinha manifestado essas minhas angústias quando do voto acompanhando o Ministro Toffoli, mas, se os Colegas tiverem paciência, posso pedir vista, porque fiquei impressionado realmente com os argumentos, tanto os já trazidos pelos Ministros Marco Aurélio e Fux, como aqueles que estão na doutrina. (BRASIL; STF, 2022, p. 28).

Porém, após o pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, adveio a Lei Federal n. 13.467/2017 que revogou expressamente a norma impugnada, afastando a distinção entre homens e mulheres com relação ao descanso obrigatório anterior ao período extraordinário de trabalho.

Por este motivo, o relator aditou parcialmente o voto tão somente para ajustar a tese proposta, mencionado expressamente que até o advento da lei n. 13.467/2017 o artigo 384 foi recepcionado pela Constituição Federal.

Já em 15 de setembro de 2021, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que com a novel legislação houve um esvaziamento quanto a relevância da questão atinente à recepção do artigo 384 da CLT pela Constituição Federal, mas ressaltou que, quanto ao período pretérito, concordava com as razões trazidas pelo relator.

No caso, não houve menção aos votos dos demais Ministros que se limitaram a acompanhar o voto do relator.

No final, participaram da votação, sob a Presidência do Ministro Luiz Fux, os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques. Impedido o Ministro Roberto Barroso.

Por unanimidade foi negado provimento ao recurso extraordinário e fixada a seguinte tese: “O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei nº 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras”.

Importante tecer algumas considerações sobre o debate oral, ainda que sucinto, entre os Ministros, após o voto do Ministro relator, o qual ocorreu de forma espontânea e trouxe importantes reflexões sobre o tema. Verifica-se que o Ministro Gilmar Mendes ainda se mostrava reticente em concordar com o relator, na medida em que, nos termos do voto dado no julgamento anterior, não estava convencido de que a norma não geraria outro tipo de discriminação, com empresas optando por não contratar mulheres. No voto anterior terminou concordando com o relator tão somente por entender não existir elementos suficientes para se considerar essa discriminação arbitrária.

Merecem destaque os seguintes trechos do voto anterior:

Bom, mas eu também compartilharia do voto de Vossa Excelência se estivesse em condições de dizer que, de fato, a norma aqui é arbitrária; que ela, de fato, faz um *discrimen* arbitrário. Por enquanto - foi isso que eu disse até quando chamei a atenção para o processo de inconstitucionalização -, a mim parece que há razões que justificam, tendo em vista este fenômeno biopsicossociológico, mas pode ser que, daqui a pouco, nós vejamos que essa norma não faz mais sentido.

Por outro lado, eu também disse, na prática, talvez isso leve a um tipo de discriminação de difícil controle. Embora o Texto Constitucional tenha meios e repudie - eu chamei a atenção para essa norma que marca esse dever de proteção -, na prática, como disse o Ministro Marco Aurélio, como nós vamos proceder ao controle, tendo em vista as razões que levam uma empresa a adotar uma dada política que não se comprove claramente como discriminatória? E hoje isso se faz, tendo em vista as metas de diminuição de custos etc., com programas de computador. Foi um pouco isso que eu disse.

O próprio Ministro Dias Toffoli colocou esse juízo que ele desenvolveu como um *provisorium*, dizendo: pode ser que o próprio legislador venha a fazer uma outra avaliação. Nós mesmos, talvez, se tivéssemos que fazer esta análise, não poderíamos fazê-la apenas com base em um juízo de evidência, porque isso não está tão evidente. Nós precisaríamos de subsídios claros. Mas eu sei que a doutrina trabalhista, como já foi dito inclusive com muito honestidade intelectual pela Ministra Rosa Weber e agora pelo Ministro Fux, tem discrepâncias bastante claras em relação a essa norma.

A mim me basta, portanto, não ter aqui elementos suficientes para caracterizar a discriminação arbitrária. O *distinguishing* feito pelo legislador só poderia ser invalidado por esta Corte se, de fato, nós caracterizássemos isso como uma distinção arbitrária, e isso nós não conseguimos caracterizar - acho que há um consenso básico em torno desse assunto. Por isso, eu vou acompanhar o Relator, mas também pontuando as ressalvas que Sua Excelência que já havia feito. (BRASIL; STF, 2022, p. 55 do acórdão anulado)

Porém, afere-se que com as considerações trazidas pela Ministra Cármen Lúcia, como afirmado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes, acabou por sensibilizá-lo na medida em que faz uma análise feminista e que havia sido ignorada.

Embora não se desconheça a dificuldade de uma análise feminista do discurso, na medida em que sequer existe uma teoria unificada feminista, mas uma miríade de teorias com características próprias, como o feminismo cultural, liberal, pós-moderno, radical, entre outros, frisa-se, no entanto, o interesse comum de compreender as desigualdades sociais relacionadas a gênero e crítica à opressão sexista comum a todas mulheres.

Nesse ponto, verifica-se de forma nítida como o debate oral entre os Ministros é capaz de impactar em um resultado e, assim, elevar o desempenho deliberativo do tribunal.

Embora não se desconheça que, na prática, os Ministros elaboram os votos antes das sessões do plenário, ou seja, antes da deliberação com os demais membros da Corte, e que o julgamento consiste em uma leitura dos votos individuais de forma seriada, como já abordado em capítulo próprio, é perceptível a importância da oralidade e da deliberação.

No caso, embora os debates ocorridos ainda estejam longe da constituição de um modelo desejável de colegialidade, geraram uma maior legitimidade democrática do resultado, especialmente porque houve de fato uma assimilação por parte do Ministro Gilmar Mendes que optou por pedir vista dos autos para melhor refletir sobre seu posicionamento.

A ação transformadora na esfera jurídica apenas ocorre quando há uma percepção problemática de gênero, o que só é possível através da produção de conhecimento na área e sua disseminação, bem como de ações práticas e capazes de transformar a realidade social como foi o caso do julgado em análise (Da Silva, 2022). Embora a cegueira de gênero ainda se encontre presente em diversos julgados, a deliberação possibilita um debate e maior reflexão sobre a forma pela qual mulheres estão sendo analisadas no campo jurídico e como isso pode impactar decisões futuras.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho buscou-se fornecer um contributo para o estudo dos precedentes judiciais, tema este que ganhou atenção especial no atual código de processo civil a partir de um esforço para que os tribunais de fato garantam a segurança jurídica, a estabilidade, a integridade e a coerência de sua atuação.

Primeiramente, foi feita uma breve análise histórica do tema, a partir das tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*. Demonstrou-se que, embora o direito inglês sempre tenha se preocupado em garantir a coerência e estabilidade dos seus julgados, a ideia de um precedente vinculativo só surgiu depois da primeira metade do século XIX, o que evidencia inexistir vinculação absoluta dos precedentes com a *common law*. Tal constatação é importante na medida em que cai por terra o argumento, muitas vezes defendido atualmente, de que o Brasil, por tratar de precedentes judiciais, estaria se afastando da *civil law* e se aproximando da *common law*.

A partir daí foi analisado o conceito de precedente, fazendo uma comparação de como o tema é visto em outros países, como a Itália, a França e a Alemanha, reconhecendo que, embora não tenhamos um conceito unânime ou teoria unificada, o precedente é compreendido como norma jurídica que depende da extração de um núcleo essencial – *ratio decidendi* – e que servirá de premissa para casos posteriores, dado por um órgão jurisdicional específico, a partir da análise de uma matéria fática. Por tal razão, adotou-se a teoria de que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem ser fontes de precedentes.

Então foi feita uma análise do princípio da colegialidade, na medida em que a construção de um precedente judicial pressupõe um julgamento colegiado por uma dessas cortes de vértice, capaz de garantir a imparcialidade e independência da justiça, além de uma solução segura e democrática.

Demonstrou-se que a colegialidade se justifica por quatro razões, sendo elas: a despersonalização do julgamento, já que representaria uma decisão única e impessoal da instituição, e não do julgador singularmente considerado; por evitar uma concentração de poderes na mão de um julgador, sujeito a pressões externas; ser capaz de gerar uma ampliação do debate a partir de uma análise coletiva do caso concreto e, com isso, aumentar as chances de construção de um resultado justo e adequado.

Após a compreensão da colegialidade foi analisada, também, a temática da deliberação, compreendida como um modo de tomada de decisões onde se busca um consenso espontâneo, ainda que dissidências possam existir, não decorrem de caprichos pessoais ou partidarismos,

existindo um esforço conjunto na busca de uma decisão justa e adequada ao caso. Ela é vista, assim, como uma virtude e que possui um elemento decisório, que vincula o órgão julgador e terceiros, construída a partir de um diálogo conjunto, de uma argumentação racional, dentro de um ambiente institucional focado na busca da construção do melhor resultado possível, embora passível de alterações futuras em outras rodadas deliberativas.

Observou-se, também, as três camadas que indicam quão deliberativo determinado tribunal é, às quais não podem ser analisadas de forma isolada. A primeira, correspondente ao núcleo central, pressupõe a análise dos agentes envolvidos no processo deliberativo, bem como o compromisso que possuem com essa missão. A segunda camada analisa os elementos que encorajam ou dificultam o potencial deliberativo do tribunal e a terceira, por sua vez, delinea os limites da atividade deliberativa, seja por imposição legal ou pelas circunstâncias fáticas ou políticas envolvidas.

Ainda sobre os momentos do processo deliberativo, destacou-se que se manifesta em três fases distintas e consecutivas: (i) pré-decisional; (ii) decisional; e (iii) pós-decisional. A primeira fase pressupõe uma interação direta com a corte, seja das partes do processo ou terceiros, que expõem suas razões, argumentos, na tentativa de influenciar e contribuir com a futura decisão da corte, que se mostra receptícia a tais considerações. A segunda fase representa a interação interna entre os julgadores na busca da construção da decisão conjunta, a partir de um debate leal, cooperativo e atento aos argumentos dos pares. A terceira fase, por sua vez, corresponde à elaboração da decisão final, do produto e resultado das fases anteriores. Nesse ponto, indicamos que a decisão pode ser formalizada a partir de um modelo *per curiam*, em documento único que indica o posicionamento institucional do Tribunal, sem indicação de votos divergentes ou *seriatim*, com indicação seriada de todos os votos que compuseram o julgamento, sejam eles convergentes ou dissidentes.

Foi demonstrado que o modelo *per curiam*, embora não isento de críticas, se mostra mais adequado a um sistema de precedentes judiciais, por permitir a extração, de forma mais cristalina, das razões de decidir do julgado.

Viu-se que, no caso do Supremo Tribunal Federal, não é possível identificar uma coerência argumentativa nos julgados, mas mera soma aritmética dos votos e uma ausência de interação entre os Ministros, o que dificulta o alcance de um consenso institucional e enfraquece a legitimidade da Corte e também a tutela de direitos fundamentais, especialmente de grupos minoritários, como é o caso das mulheres.

Em um segundo momento, como forma de subsidiar uma análise dos julgados a partir da teoria do feminismo jurídico, levou-se a termo uma revisão de literatura sobre os principais aspectos da teoria feminista pertinentes aos objetivos propostos.

Não obstante muitas vezes utilizar-se da terminologia “feminismo” ou “teoria feminista” é importante destacar que nem o feminismo, tampouco a teoria feminista, são monolíticos ou estanques, sendo certo que o arcabouço teórico feminista está em permanente evolução. A primeira onda do movimento feminista inicia-se por volta do final do séc. XIX e tinha como foco, primordialmente, a luta pelos direitos políticos, razão pela qual ficou conhecida como movimento sufragista. A segunda onda do movimento feminista começa em meados do séc. XX, tendo como marco a obra “O segundo sexo” de Simone de Beauvoir e surge dentro do contexto de Estado do bem-estar social e da inserção das mulheres das classes médias no mercado de trabalho pós-segunda guerra mundial, tendo como foco igualdade econômica e de direitos civis das mulheres, além de trazer avanços conceituais significativos no conceito de gênero.

Por fim, a terceira onda do feminismo data da década de oitenta do século passado, perdurando até o presente momento. Nesta etapa há uma fragmentação das teorias feministas, com a adequação das teorias feministas à realidade de cada sociedade, de cada classe social, e levando em consideração marcadores como a raça. Ademais, há uma crítica interna às ondas anteriores, vez que enfatizavam os direitos das mulheres brancas, de classe social mais elevada e de países desenvolvidos. Admite-se, nesta etapa, que não há possibilidade de uma teoria feminista unificada abarcar os direitos de todas as mulheres de modo indistinto, uma vez que se reconhece a incidência de diversos marcadores interseccionais, como raça, classe social, religião, sexualidade, renda, níveis distintos de desenvolvimento das diversas sociedades, de modo que a ênfase ocorre na diversidade dentro da unidade feminina. Assim, há o feminismo negro, o feminismo subdesenvolvido, o feminismo trans, o feminismo lésbico e tantos outros feminismos quanto se fizerem necessários a fim de abarcar os diferentes níveis de opressão e desigualdade aos quais as mulheres são submetidas.

Dentre as diversas modalidades de feminismos, a teoria jurídica feminista busca desnudar as desigualdades às quais são submetidas as mulheres dentro de um sistema formal e aparentemente neutro que seria o direito, baseado em regras abstratas e, em princípio, aplicadas de forma igualitária a todos. Assim, o feminismo jurídico investiga a desigual distribuição de poder entre os gêneros, seja com prejuízos à mulher na condição de parte de um processo judicial, seja na sua participação como vítima ou testemunha, seja na sua atuação

enquanto agente de um dos órgãos do sistema de justiça, como juízas, promotoras de justiça, defensoras públicas ou advogadas.

Considerando a necessidade dos julgadores analisarem questões de gênero nos diversos casos que são apresentados à corte, tomando em consideração a necessidade de maximização dos pontos de vista disponíveis para formação de argumentos jurídicos e performance deliberativa adequada, verificou-se o déficit representativo do gênero feminino nos órgãos do sistema de justiça, notadamente no Poder Judiciário e o quanto a mulher está sub-representada nesta importante esfera de poder nas sociedades pós-modernas. Constatou-se também que esta sub-representação aumenta quanto maior o nível da carreira que se analisa sendo certo que a participação feminina nos órgãos de cúpula é quase ínfima.

A visibilidade da mulher enquanto mulher demanda, antes de mais nada, uma preocupação em garantir a inserção da mulher nesse espaço notoriamente masculino, branco, cristão, hétero e elitizado. Pressupõe a quebra de um padrão de desigualdade que estigmatiza, inferioriza e que começa nos próprios bancos das universidades, anos antes de ingressarem na carreira da magistratura. Quando se tornam juízas, desembargadoras ou ministras os obstáculos persistem, especialmente porque seguem atuando em um ambiente majoritariamente composto por julgadores homens, já que vimos que atualmente o percentual é de apenas 38,8% de mulheres em cargos da magistratura.

Assim, a ausência de representatividade feminina nos espaços de poder, especialmente no judiciário, é um problema complexo e que advém de uma série de fatores históricos e sociais, como a relegação às funções domésticas, relativização de direitos fundamentais básicos e ausência de políticas públicas que possibilitem o exercício de atividades profissionais, mas que não pode permanecer invisibilizado.

A presença de mulheres nos tribunais, especialmente nas Cortes de vértice, tem em si um valor simbólico, com a quebra da falsa ideia de que apenas homens são capazes de compor um julgamento justo, mas também por contribuir diretamente para o aperfeiçoamento do processo deliberativo e qualidade dos resultados obtidos no processo decisional, na medida em que serão trazidas novas perspectivas sociais, além da ampliação do potencial comunicativo a partir de determinado campo social.

Verificou-se também que os estereótipos de gênero, compreendidos como um conjunto de crenças sobre determinados atributos, traços pessoais e comportamentais atribuídos a determinado grupo, quando replicados nos processos judiciais, além de comprometerem até mesmo a imparcialidade do julgador, dificultam o exercício da cidadania e dos direitos humanos pelo gênero feminino.

Dessa maneira, todo conflito está situado dentro de um determinado contexto, a partir de uma determinada relação de poder, cuja análise pressupõe considerar essas assimetrias de gênero dentro de uma perspectiva interseccional, em uma atenção plena de modo a evitar a perpetuação de comportamentos violentos, machistas, sexistas e reprodutores de estereótipos de gênero.

Nesse sentido, demonstrou-se a grande importância das políticas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, como o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, que busca capacitar e orientar os membros da magistratura brasileira para a construção de julgamentos que considerem a perspectiva de gênero. Trata-se de medida de suma importância, alinhada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável 5 e 16 da Agenda 2030 da ONU, além de ir ao encontro dos compromissos internacionais do Estado Brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos.

Ainda que o documento tenha surgido inicialmente como uma recomendação de medidas, após a resolução n. 492 do CNJ sua adoção passou a ser obrigatória, com a determinação de realização de cursos pelas escolas de magistratura, tanto de formação inicial quanto continuada, que considerem os conteúdos relacionados aos direitos humanos, gênero, raça e etnia, nos termos das diretrizes do Protocolo. Ainda, a resolução criou o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.

Embora ainda seja cedo para saber se realmente haverá mudanças efetivas na construção dos julgamentos, percebe-se que houve um inegável avanço na medida em que o judiciário não apenas poderá, mas deverá utilizar as lentes de gênero em sua atuação, estando vedada qualquer omissão por parte dos magistrados e magistradas, os quais deverão, inclusive, fiscalizar os demais sujeitos processuais durante toda condução do processo, todos alertas às desigualdades em razão do gênero e não mais indiferentes às epistemologias feministas.

Por fim, no derradeiro capítulo, a proposta foi analisar quatro julgados do Supremo Tribunal Federal, todos eles satisfazendo o conceito de precedentes adotado no trabalho. Os precedentes foram analisados tomando em consideração as análises do primeiro capítulo acerca da colegialidade e capacidade deliberativa dos órgãos colegiados, bem como os aspectos da teoria feminista adotados no segundo capítulo, com a verificação da adoção (ou não) da pergunta pela mulher.

Os julgados foram escrutinados com o fito de verificar se cumprem efetivamente a função de precedentes dentro do sistema jurídico brasileiro, permitindo que os outros órgãos julgadores que valer-se-ão do acórdão como futuro precedente, bem como os jurisdicionados

e a comunidade jurídica em geral, identifiquem com clareza a tese definida pelo Tribunal e, principalmente, as razões de decidir da Corte, que poderão ser aplicadas para decidir casos análogos. Assim, objetiva-se verificar se esses precedentes, além de cumprirem o seu papel enquanto tais, estão facilitando o acesso à justiça qualificado de grupos vulneráveis, como as mulheres que, historicamente, sempre foram vítimas da desigualdade de gênero, dentro e fora dos tribunais.

O primeiro julgado analisado é o Recurso Extraordinário n. 629.053, Tema 497 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 10 de outubro de 2018, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio. De ressaltar que o recorrente no caso concreto é a empresa e a recorrida a funcionária. O mérito da demanda trata, em suma, da necessidade, ou não, de conhecimento do empregador do estado gravídico da empregada para fins de recebimento de indenização relativa ao período de estabilidade no emprego, conforme definido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

No mérito, o Tribunal adotou a tese mais vantajosa para as mulheres, de que a concessão de estabilidade no emprego, e o direito à indenização, independe do conhecimento do estado gravídico por parte do empregador. O recurso da empresa foi desprovido quase à unanimidade, tendo apenas o Min. Marco Aurélio, relator original, votado pelo seu provimento. A tese fixada foi a seguinte: “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”.

Entretanto, embora o resultado final tenha sido favorável à mulher, verifica-se que o acórdão não cumpre a sua função de verdadeiro precedente dentro do ordenamento jurídico, haja vista a pleora de argumentos utilizados por cada um dos Ministros em sua série de votos. Há compreensão sobre o que foi decidido, com acesso à tese de forma clara, mas é impossível apreender a *ratio decidendi* do mérito da demanda. Não é possível saber se o recurso foi provido em virtude da necessidade de proteger a mulher (ou o gênero feminino), o direito à maternidade, o melhor interesse da criança/adolescente, a mulher e as suas relações de trabalho, uma vez que todos estes argumentos foram utilizados, nenhum deles sendo identificado como preponderante.

Ademais, o julgado passa ao largo de várias questões de gênero que, se identificadas, poderiam ser de fundamental importância para contribuir para a formação da *ratio decidendi*. Não obstante, por diversas vezes a mulher é objetificada e reduzida na sua individualidade à condição de mãe, somente, sendo certo que a maternidade é defendida com muito mais ênfase do que a mulher em si.

O segundo precedente escrutinado foi o Recurso Extraordinário n. 1.058.333, Tema 973 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 21 de novembro de 2018, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux. O recorrente é o Estado do Paraná e a recorrida uma candidata ao cargo de soldada da Polícia Militar do mencionado estado, que tinha obtido nas instâncias inferiores o direito de adiamento de seu teste físico em virtude do fato de se encontrar gestante quando da realização do teste em sua data original.

Assim como no primeiro acórdão analisado, o mérito da demanda foi julgado favoravelmente às mulheres, com o reconhecimento do direito da candidata ter o seu teste físico remarcado em virtude da gravidez. A tese fixada foi a seguinte: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”.

Neste julgado, ao contrário do primeiro, verifica-se um cuidado muito maior do relator com as questões de gênero, demonstrando uma preocupação de identificar as “perguntas pela mulher” pertinentes para o julgamento do mérito da causa. Além disto, é feita menção a tratados internacionais ratificados pelo Brasil que incrementam a proteção normativa às mulheres, bem como citações doutrinárias de acadêmicas ligadas ao feminismo, demonstrando um cuidado significativo com as questões de gênero pertinentes ao julgamento do mérito da demanda. Mesmo quando são utilizados outros fundamentos para justificar a decisão, há um cuidado perceptível de se fugir dos estereótipos de gênero mais grosseiros, que sempre identificam a mulher como o ser voltado para a família, ou a maternidade como destino e objetivo das mulheres. A proteção à maternidade, o planejamento familiar e a necessidade de observação do melhor interesse da criança/adolescente são abordados de um modo tão objetivo quanto possível e vinculados à necessidade de observância da sociedade como um todo e não da mulher de forma exclusiva ou principal.

Entretanto, em que pesem os avanços mencionados, o precedente também peca pelo excesso de fundamentos argumentativos utilizados como suporte para fixação da tese principal, notadamente em virtude do sistema de votação *seriatim* adotado pelo STF, o que faz com que em diversos momentos os Ministros concordem no resultado mas cada um utiliza uma argumentação completamente diferente para subsidiar o seu entendimento.

O terceiro precedente analisado é o Recurso Extraordinário n. 778.889, Tema 782 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 26 de agosto de 2016, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso. O mérito da demanda é a equiparação do prazo da licença de servidora pública por adoção à licença-maternidade. O recorrente é o Estado de Pernambuco e a recorrida a servidora pública que havia adotado uma criança. Mais uma vez o mérito do

julgado foi favorável às mulheres, com os Ministros entendendo constitucional a licença adoção ser equiparada à licença-maternidade. O recurso foi desprovido quase à unanimidade, vencido, mais uma vez, o Min. Marco Aurélio. A tese fixada foi a seguinte: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

A argumentação que é possível identificar como a principal vai no sentido da ocorrência de uma mutação constitucional do conceito de filiação, com um apanhado histórico que remonta dos tempos bíblicos até os dias atuais, pós-Constituição de 1988. Em virtude da principal linha de argumentação utilizada neste precedente, passa-se ao largo de todas as questões de gênero subjacentes ao mérito da demanda. Além desta mutação constitucional do conceito de filho, são analisadas mudanças no próprio conceito de infância trazidos pela constituição cidadã e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Apenas no último argumento desenvolvido pelo relator, inclusive quando já havia indicado a forma como decidiria o mérito, há menção à desigualdade de forças físicas entre o gênero feminino e o masculino. Barroso discorre sobre a particular carga a ser suportada pelas famílias que optam pela adoção no Brasil, concluindo que, por razões culturais, a maior parte desse ônus é suportado pela mulher.

Neste precedente, ao contrário dos demais, há uma maior facilidade de identificação da linha de argumentação principal. Nota-se que grande parte dos votos é baseado no princípio da isonomia e na impossibilidade de critérios discriminatórios entre a mãe gestante e a mãe adotante, mas percebe-se que outros argumentos são levantados por alguns Ministros, tais como: a) a proteção da maternidade; b) proteção da criança; c) igualdade de tratamento de filhos; d) dignidade e autonomia da mulher; e) proibição de proteção ineficiente; f) tutela do vínculo maternal; g) direito do filho; e h) princípio da solidariedade. Entretanto, conforme mencionado, as relevantes questões de gênero pertinentes não foram objeto de maiores considerações pelos julgadores, que preferiram focar na impossibilidade de tratamento desigual entre filhos biológicos e filhos adotados e como esta circunstância se reflete na licença da adotante.

O último julgamento analisado é o Recurso Extraordinário n. 658.312, Tema 528 com Repercussão Geral Reconhecida, julgado em 14 de setembro de 2021, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli. O recorrente era um supermercado do Estado de Santa Catarina e a recorrida uma funcionária do estabelecimento. O mérito da demanda versava sobre a concessão de descanso de quinze minutos às mulheres no caso de prorrogação do horário

normal, antes do início do período extraordinário do trabalho, conforme estabelecido pelo art. 384 da CLT.

Durante o julgamento ocorreu a superveniência de Lei Federal revogando o artigo da CLT objeto da demanda, de modo que, ao julgar o feito, foi modulada a tese para abarcar as circunstâncias fáticas ocorridas sob a vigência da lei anterior. Por unanimidade foi negado provimento ao recurso extraordinário e fixada a seguinte tese: “O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei nº 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras”.

No presente acórdão ocorreu a mais interessante discussão sobre questões de gênero de todos os precedentes analisados. Pela primeira vez discute-se a concessão de direitos à mulher, não extensíveis aos homens, pelo simples fato de ser mulher, independentemente de qualquer outra situação ou condição peculiar, como a maternidade ou a adoção (conforme ocorrera nos precedentes anteriores). Assim, é possível perceber na linha de argumentação adotada que, neste acórdão, há a comparação em abstrato dos gêneros masculino e feminino sem que qualquer outra condição diferenciadora seja adotada tanto para um quanto para o outro, os papéis sociais dos gêneros são cotejados, apontando-se os privilégios do primeiro e as desvantagens do segundo. Desta feita, no julgamento final, concede-se um direito a mulher que não é extensível ao homem independentemente de qualquer outra condição que não seja a de ser mulher, o que significa dizer que fazer parte do gênero feminino em uma sociedade com significativo desequilíbrio de poder e oportunidades de um gênero em relação ao outro já é *discrímen* suficiente para que a mulher tenha um direito trabalhista adicional.

De acordo com o relator, a Constituição estabelece tratamento distinto e mais benéfico à mulher em relação ao homem pelas seguintes razões: a) reconhecimento da exclusão da mulher no mercado de trabalho, sendo certo que como forma de redução das desigualdades cabe ao Estado a adoção de medidas corretivas fáticas e legislativas; b) o fato das mulheres, em geral, possuírem capacidade e força física reduzidas em relação ao homem, o que demandaria especial proteção no desempenho de certas atividades potencialmente extenuantes e; c) a deferência constitucional à situação de sobrecarga da mulher em relação ao homem, uma vez que, mesmo com a inserção feminina no mercado de trabalho e o fato de que o exercício da mesma (ou maior) carga horária de trabalho do que o homem, não impedem que a mulher assuma uma quantidade muito maior de horas de trabalho dedicadas à manutenção do lar e de cuidado com a prole do que os homens na mesma condição.

Assim, malgrado a superveniência de lei posterior, o presente acórdão foi o que trouxe um maior cuidado com as questões de gênero subjacentes à análise do mérito da demanda,

atendo-se verdadeiramente à desigualdade de poder entre os gêneros e o reflexo desta circunstância nos diversos aspectos da vida em sociedade, bem como com relação à necessidade da atuação estatal para restabelecer o equilíbrio dessas relações.

De uma análise conjunta dos precedentes é possível inferir uma baixa efetividade na identificação das questões de gênero, ainda que em todos os acórdãos o mérito tenha se decidido em favor das mulheres. Existe também uma dificuldade muito grande em se identificar a *ratio decidendi* dos precedentes, uma vez que o mesmo Ministro utiliza diversos argumentos, muitas vezes sem que haja clareza na identificação do argumento principal e dos argumentos secundários. Somado a isto temos o fato de que a forma de votação não favorece a identificação das razões de decidir, uma vez que em inúmeras situações os julgadores concordam com o dispositivo, mas não em relação às razões de assim se decidir.

Por todo o exposto, em que pesem todos os acórdãos analisados formalmente sejam precedentes, em virtude das razões apontadas é bastante difícil os outros tribunais e a comunidade jurídica extrair deles as razões de decidir de forma a julgar casos análogos em que há similitude fática com o caso utilizado como paradigma.

Assim, não obstante a importância da adoção de um sistema de precedentes, capaz de garantir a estabilidade e previsibilidade da ordem jurídica, além da tão esperada segurança jurídica e igualdade, a partir dos julgados analisados, confirmou-se que no Brasil o instituto funciona mais como mecanismo de diminuição do acervo do que um sistema preocupado com a uma construção argumentativa.

Nos precedentes analisados, de forma geral, verifica-se um conhecimento bastante raso da literatura feminista, o que se reflete em perspectivas de gênero bastante estereotipadas ou ausentes. Várias questões de gênero que seriam centrais para uma adequada fundamentação do mérito foram tratadas como argumentos laterais, ou sequer foram mencionadas pelos julgadores. Necessário observar, também, que alguns raros votos demonstraram um conhecimento mais aprofundado, tanto sobre a teoria feminista em geral como sobre a importância de um tratamento adequado às questões de gênero por parte do Poder Judiciário o que, de certa forma, possibilita vislumbrar uma possibilidade de melhora futura nesta incômoda situação. A incipiência com que as questões de gênero ainda são tratadas pelo STF, tribunal de vértice, demonstra a importância e a necessidade de conhecimento e aplicação do disposto no Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, bem como a adoção de mais iniciativas com objetivos similares.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, 2008.

ALENCAR, Mário Soares de. **Jurisprudência e racionalidade**: o precedente judicial como elemento de coerência do sistema jurídico brasileiro. Curitiba: Juruá, 2018.

ALVES, Cândice Lisboa. Igualdade e diferença: em busca de um conceito constitucional e historicamente situado que promova a inclusão do outro. Direitos e Garantias Fundamentais II. *In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI*. Florianópolis: Conpedi, 2016.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. **Ativismo Judicial & Teoria dos precedentes**: integração dos poderes e coerência nas decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015.

ASSIS, Mariana Prandini. Frames of violence and the violence of frames: setting a feminist critical agenda for transnational rituals of speaking. *In: Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*. Edward Elgar Publishing, 2019.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). Precedentes*. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2015.

BARROS, Antonio Teixeira de; BUSANELLO, Elisabete. Machismo discursivo: modos de interdição da voz das mulheres no parlamento brasileiro. **Revista Estudos Feministas**, v. 27, p. e53771, 2019.

BARTLETT, Katharine T. Métodos jurídicos feministas. *In: SEVERI, Fabiana Cristina; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MATOS, Milena Calasans de. (orgs.). Tecendo fios das críticas feministas ao direito no Brasil*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2020. p. 243-360.

BEAUVOIR, Simone de. **Por que sou feminista?** Entrevista a Jean-Louis Servan-Schreiber, 1975.

BERTAGNOLLI, Ilana; BAGGIO, Andreza Cristina. Os precedentes vinculantes do novo Código de Processo Civil e a aproximação entre Common Law e Civil Law no direito brasileiro. **Ius Gentium**, v. 8, n. 1, p. 162-181, 2017.

BOGÉA, Daniel. Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 58, n. 229, p. 103-126, 2021.

- BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. **Novos estudos CEBRAP**, v. 39, p. 143-163, 2020.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BRANTING, L. Karl. A computational model of ratio decidendi. **Artificial intelligence and law**, v. 2, n. 1, p. 1-31, 1993.
- BRANTING, L. Karl. Reasoning with rules and precedents: a computational model of legal analysis. **Springer Science & Business Media**, 2013.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 2 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 629.053**. Tema n. 497. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em: 10/10/2018a. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3940408>. Acesso em 16 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 658.312**. Tema nº 782. RG. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 10/06/2022. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4145394> Acesso em: 20 jun. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 778.889**. Relator Min. Roberto Barroso. Julgado em 10/03/2016. Publicado em 1º de agosto de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4482209&numeroProcesso=778889&classeProcesso=RE&numeroTema=782.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.058.333**. Tema n. 973. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 21/11/2018b. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>. Acesso em 20 jul. 2023.
- BRASIL. TRF 5ª Região. **Apelação cível (AC532718-PE)**. 3ª Vara de Pernambuco. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, 5 jul. 2012. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/consulta-processual-fisico-e-eletronico>. Acesso em: 23 dez. 23.
- BRAUN, Julia. Sem nova ministra mulher, STF brasileiro se tornará segundo mais desigual da América Latina. **BBC Brasil.com**, 2023. BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cy7115lnelgo>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- BUENO, Cassio Scarpinella. O “Modelo Constitucional do Direito Processual Civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; e LAUAR, Maria Terra (coord.). **Processo civil: novas tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 157-166.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**. New York, Routledge, 2002.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, 2020.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os padrões decisões a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência—a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**, p. 349-366, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Giustizia e società**. Edizioni di Comunità (Torino), 1977.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? **Cadernos Pagu**, p. 101-123, 2008.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; CAMPOS, Carmen Hein de. Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 146, p. 273-303, 2018.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?** 2019. Disponível em: https://direito.usp.br/pca/arquivos/591479a9df46_367420por.pdf Acesso em: 26 set. 2023.

CHAVES, Galvão Jéssica. **Princípio Constitucional da Colegialidade na formação da decisão pluripessoal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Julia. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: Abertura para uma Mudança Epistemológica no Direito e na Prática Jurídica no Brasil. **Direito Público**, v. 20, n. 106, 2023.

COHENDET, Marie-Anne. La Collégialité des Juridictions: un principe en voie de disparition. **Revue Française de Droit Constitutionnel**, ed. PUF, Paris, n° 68, p. 713-736, outubro de 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário**. CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-participacaofeminina.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Protocolo para Julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Enfam, 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> Acesso em: 16 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 492**. Brasília, 17 de março, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2023.

COSTA, Claudia de Lima. O sujeito no feminismo: revisitando os debates. **Cadernos Pagu**, p. 59-90, 2002.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista estudos feministas**, v. 10, p. 171-188, 2002.

CROSS, Rupert; HARRIS, James William. **Precedent in English law**. Clarendon Press, 1991.

CRUZES, Maria Soledade Soares. **Pós-democracia e acesso à justiça no Brasil**: análise sob a perspectiva da vulnerabilidade. 2020. 523 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

DAINOW, Joseph. The civil law and the common law: some points of comparison. **Am. J. Comp. L.**, v. 15, p. 419, 1966.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998.

DONALD, Bernice B. The Intrajudicial Factor in Judicial Independence: Reflections on Collegiality and Dissent in Multi-Member Courts. **U. Mem. L. Rev.**, v. 47, p. 1123, 2016.

DONCATTO, Rafaela Maino; DOS SANTOS, Karinne Emanoela Goettems. Feminismo e acesso à justiça: em busca da igualdade substancial de gênero. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 11, n. 1, p. 239-261, 2023.

DUXBURY, Neil. **The nature and Authority of Precedent**. Cambridge University Press, 2008.

EDWARDS, Harry T. The effects of collegiality on judicial decision making. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 5, p. 1639-1690, 2003.

ENGLE, Karen. Feminist governance and international law: From liberal to carceral feminism. *Governance Feminism: Notes from the Field*, Janet Halley, Prabha Kotiswaran, Rachel Rebouché & Hila Shamir, eds. (University of Minnesota Press, 2018). U of Texas Law, **Public Law Research Paper**, n. 690, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, n. 2, 1930.

GUTMANN, Amy, THOMPSON, Dennis. Por que democracia deliberativa? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, jan./mar.2007.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. 5. **Transnational Networks on Violence against Women**. Cornell University Press, 2014.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts. **Calif. L. Rev.**, v. 81, p. 1, 1993.

LIMA, Jairo; BUENO, Marcella Pradella; STAMILE, Natalina. Supremas ministras: a inclusão de mulheres na composição do stf à luz da legitimidade das cortes constitucionais. Dossiê temático “Gênero e Instituições Judiciais: conexões teóricas e práticas”. **Revista Direito Público**, v. 18, n. 98, p. 217-255, 2021.

LIPEZ, Kermit V. Some Reflections on Dissenting. **Me. L. Rev.**, v. 57, p. 313, 2005.

LORDE, Audre. Sister Outsider: **Essays & Speeches by Audre Lorde**. Berkeley: Crossing Press, 2007, p.133

LÜCKE, H. K. Ratio Decidendi: adjudicative rationale and source of law. **Bond Law Review**, v. 1, p. 36-51, 1989.

LUGONES, Maria. The coloniality of gender. *In: Globalization and the decolonial option*. Routledge, 2013. p. 369-390.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 5. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 587-624, 2012.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do STF**. Forense Editora, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 443-467, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 1º fev. 2010. Disponível em: <https://goo.gl/d11jLX>. Acesso em: 30 jun. 2022.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Teoria política feminista**. Textos centrais. Vinhedo: Editora Horizonte, 2013.

MIÑOSO, Yuderkys Espinosa. Sobre porque é necessário um feminismo decolonial: diferenciação, dominação coconstitutiva da modernidade ocidental. **Masp Afterall**, v. 8, p. 1-12, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2018.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**: uma análise sobre o direito processual civil, o Poder Judiciário e o Observatório da Justiça Brasileira. 2014. 228 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. Forense, 1985.

NADELMANN, Kurt H. Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany. **The American Journal of Comparative Law**, p. 268-276, 1964.

NICHNIG, Claudia Regina. Uma perspectiva de gênero e feminista frente ao sistema de justiça é possível? *In*: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer et al. (Ed.). **Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro**. ESMPU, 2019. p. 79-103.

NIELSSON, Joice Graciele. Teoria feminista e ação política: repensando a justiça feminista no Brasil na busca pela concretização de direitos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, p. 165-192, 2019.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Forense, 2018.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. **ABAJ**, v. 14, p. 71, 1928.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Debora. **Racionalidade no Direito (ia)**: Inteligência Artificial e Precedentes. Alteridade Editora, 2020.

PEREIRA, Janayna Nunes *et al.* **Controle de pronunciamentos judiciais discriminatórios contra as mulheres?** 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/20766>. Acesso em: 9 nov. 2021.

PEREIRA, Jane Reis; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a Pequena Sereia: Uma Reflexão Sobre Estereótipos de Gênero, Subrepresentação das Mulheres nos Tribunais e (i) legitimidade Democrática do Poder Judiciário (Hércules, Hermes and the Little Mermaid: A Reflection on Gender Stereotypes, Women Subrepresentation in the Courts and the Democratic (i) legitimacy of the Judiciary). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190, p. 93-120, 2011.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: RT, 2016.

QUEIROZ, Christina. **Balança desequilibrada**: Participação feminina em diferentes profissões jurídicas diminui conforme progressão da carreira. Pesquisa FAPESP. Ed. 286, 2019. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5509103/mod_resource/content/0/Queiroz%20Christina.%20Balan%C3%A7a%20desequilibrada.%20Revista%20Pesquisa%20Fapesp%20dez2019..pdf Acesso em: 26 set. 2023.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In: A Colonialidade do Saber: etnocentrismo e ciências sociais - Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, p. 107-126, 2005.

RODRIGUES, Bruno Sousa. **Breve estudo sobre os métodos de identificação da ratio decidendi dos precedentes judiciais**. Disponível em: http://www.academia.edu/2252718/Breve_estudo_sobre_os_m%C3%A9todos_de_identifica%C3%A7%C3%A3o_da_ratio_decidendi_dos_precedentes_judiciais. Acesso em: 21 jul. 2022

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. A colegialidade nos tribunais: quando uma ideologia vira dogma e o dogma um princípio. **Rei-Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 475-524, 2017.

SCHAUER, Frederick. Porque o precedente não é totalmente sobre a analogia. (Why Precedent in Law (And Else Where) Is not Totally (Or even Substantially) about Analogy). Tradução de Thiago Pádua. **Revista da ANAFE**, 2023.

SCHLEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 72, p. 21-52, 2018.

SEVERI, Fabiana Cristina (Org.). **Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas**: a experiência brasileira. FDRP (USP): São Paulo, 2023.

- SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016.
- SEVERI, Fabiana Cristina. O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 13, p. 80-115, 2016b.
- SILVA, Débora Simões da. O Papel do Constitucionalismo e da Hermenêutica Feminista no Processo Decisório no âmbito do Supremo Tribunal Federal. **Brazilian Journal of Business**, v. 4, n. 1, p. 245-268, 2022.
- SILVA, Marcos Alves da. **Da superação da monogamia como princípio estruturante do estatuto jurídico da família**. Juruá Editora, 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.
- SOKAL, Guilherme Jales. A nova ordem dos processos no Tribunal: colegialidade e garantias no CPC/15. **Revista de Processo**, p. 237-270, 2017.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Juruá Editora, 2013.
- STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- TACHA, Deanell Reece. The C word: On collegiality. **Ohio St. LJ**, v. 56, 1995.
- TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. *In*: **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 1997, p. 437-460.
- TARUFFO, Michele; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Precedente e jurisprudência. **Civílistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014.
- TAVARES, Nelson Filipe Correia. **Justiça machista? Uma análise sobre o estereótipo de gênero no seio das decisões judiciais**. Dissertação de mestrado da Universidade de Coimbra, 2019.
- TEGA, Diletta. Collegiality Over Personality: The Rejection of Separate Opinions in Italy. *In*: **Dialogues on Italian Constitutional Justice**. Routledge, p. 107-122, 2021.
- VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília, 2015.
- VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. Ubu Editora, 2020.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Ij**, v. 115, p. 1346, 2005.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 139-190, 2006.