

Mulheres togadas

Diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais

DANIEL BOGÉA

Resumo: O artigo apresenta argumento teórico pela diversidade de gênero em tribunais constitucionais. A literatura analisada enquadra-se em duas visões: argumentos simbólicos, que defendem a importância de mulheres em posições socialmente valorizadas; e argumentos empiristas, que tentam estabelecer correlações entre juízas e decisões pró-mulheres. O estudo desenvolve uma terceira tese (argumento procedimental), segundo a qual a diversidade de gênero deve ser compreendida como ferramenta para melhoria da qualidade deliberativa. Com base no conceito de perspectiva social de Iris Marion Young, desloca-se o foco da presença de interesses para a pluralidade de pontos de partida. A diversidade de gênero possibilita que perspectivas de grupos sociais que sofrem opressão e dominação influenciem o empreendimento coletivo de aplicação da Constituição. A tese responde de forma mais adequada ao problema do essencialismo de gênero e enfrenta particularidades de tribunais *vis-à-vis* outros poderes políticos, notadamente o ideal de imparcialidade e o suposto conflito entre igualdade e mérito.

Palavras-chave: Diversidade de gênero. Perspectivas sociais. Cortes constitucionais. Performance deliberativa.

Women in robes: gender diversity and social perspectives in constitutional courts

Abstract: The article presents a theoretical argument for gender diversity in constitutional courts. I frame the literature in two views: symbolic arguments, which defend the importance of women in socially valued positions, and empiricist arguments, which try to establish correlations between female judges and pro-women decisions. I develop a third thesis (procedural argument), according to which gender diversity must be understood as a tool for improving deliberative quality. From the concept of social perspective, coined by Iris Marion Young, I shift the focus

Recebido em 11/9/20
Aprovado em 19/11/20

from the presence of interests to the plurality of starting points. Gender diversity makes it possible for social groups that suffer from oppression and domination to influence the collective enterprise of applying the constitution. The thesis responds more adequately to the problem of gender essentialism and faces particularities of courts vis-à-vis other political branches, notably the ideal of impartiality and the supposed conflict between equality and merit.

Keywords: Gender diversity. Social perspectives. Constitutional courts. Deliberative performance.

1 Introdução

A data de 18 de setembro de 2017 ficará marcada na história brasileira. Pela primeira vez, mulheres ocupavam simultaneamente a liderança das principais organizações do sistema de Justiça. A posse de Raquel Dodge como primeira procuradora-geral da República, juntando-se à presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Cármen Lúcia, à presidente do Superior Tribunal de Justiça, Laurita Vaz, e à advogada-geral da União, Grace Mendonça, seria um reflexo de novos tempos¹. A tão almejada igualdade de gênero estaria cada vez mais próxima, e a composição da cúpula desses órgãos seria evidência dos avanços.

Em boa parte das democracias ocidentais contemporâneas, dados comparativos apontam a ascensão de mulheres a posições de poder valorizadas socialmente, seja no mercado privado, seja em cargos governamentais. No debate público é usual a visão desse processo sem qualquer caráter problemático. Estaríamos diante de um movimento irresistível, do mesmo modo que Alexis de Tocqueville acreditava no avanço inexorável da democracia e da igualdade nos Estados Unidos da América (EUA). De acordo com essa perspectiva, a ascensão das mulheres a órgãos decisórios decorreria *naturalmente* de um processo mais geral de reconhecimento da igualdade de gênero na sociedade. Rhode (2002) cunhou o termo *no-problem problem* para retratar essa negação contundente e persistente de dinâmicas perpetuadoras de desigualdades.

¹ Há evidências que caminham em outro sentido. Cerca de um ano antes, Mendonça, que também foi a primeira mulher nomeada para assumir a Advocacia-Geral da União, era a única mulher em todo o gabinete ministerial do presidente Michel Temer.

O Judiciário não é exceção no quadro otimista pintado pelos defensores da ausência de problemas. É moeda corrente a percepção de que mulheres estão prosperando na profissão jurídica tanto em escritórios de advocacia quanto em tribunais. Com relação ao sistema judiciário dos EUA, por exemplo, um influente *case book* afirma que “a tendência está indo na direção certa, sendo mulheres quase 50% dos graduados em direito, e políticos e eleitores selecionando cada vez mais mulheres para os julgamentos” (NEUBAUER; MEINHOLD, 2017, p. 170, tradução nossa). Uma ministra de tribunal superior brasileiro sintetiza essa visão no contexto nacional, ao tratar a diversidade de gênero em tribunais como “uma consequência natural do aumento e da prevalência, nos últimos concursos, da admissão de mulheres na base”, ou seja, dos mecanismos de ingresso na carreira da magistratura. Segundo ela, “naturalmente isso vai se refletir no segundo grau e nos tribunais superiores” (MOTOMURA, 2016)². A lógica por trás dessa linha de raciocínio reinante é clara: com mais mulheres formando-se em faculdades de Direito, a diversidade nos tribunais seria inevitável.

Em uma linha mais radical, essa constatação ou suposição factual serve de base para argumentos normativos no sentido de que esse *deve ser* o caso. Ou seja, devemos ser pacientes e esperar o fluxo natural das mulheres ascendendo a órgãos judiciais. A abordagem descritiva é convertida em uma defesa do *status quo*. Qualquer ação para acelerar a diversidade de gênero nos tribunais, segue o argumento, seria prejudicial à qualidade do processo de tomada de decisão. Lord Sumption, um folclórico juiz da Suprema Corte do Reino Unido, segue essa linha ao afirmar que a transformação do

Judiciário “leva tempo”. Segundo ele, é preciso “ser paciente”, pois a “mudança no *status* e nas conquistas das mulheres em nossa sociedade, não apenas perante a lei, mas em geral, é uma enorme mudança cultural ocorrida nos últimos 50 anos. Isso tem que acontecer naturalmente. Isso vai acontecer naturalmente”. Conclui enfatizando que “50 anos é muito pouco tempo” e que “temos de ser muito cuidadosos para não fazer as coisas a uma velocidade que leve os candidatos do sexo masculino a sentir que as cartas estão contra eles” (WALKER, 2015, tradução nossa)³.

O cerne do argumento normativo reside em uma oposição intrínseca entre igualdade de gênero e qualidade/mérito. Mesmo se estivéssemos diante de evidências incontestáveis para apoiar o relato descritivo de um aumento constante, crescente e não problemático da presença de juízas (o que está longe de ser verdade no contexto brasileiro, ao menos), ainda devemos colocar em questão a solidez dessa avaliação de cunho normativo com base em uma revisão dos argumentos teóricos que a sustentam.

O Judiciário é um caso distintivo para examinar a ausência de mulheres. Como acontece com grande parte do campo de estudos judiciais, tribunais não receberam a atenção merecida em comparação com outras instituições governamentais majoritárias na temática de diversidade de gênero. O argumento tocquevilleano de ausência de problemas parece ser ainda mais poderoso quando estamos a tratar de instituições judiciais que conformam uma “agenda inacabada” (RHODE, 2001) dentro da academia. Esse fator também se associa à configuração institucional peculiar de tribunais judiciais incumbidos de dizer o que é a lei de maneira *apolítica* e *técnica*, com base no ideal de *imparcialidade*. De acordo com essa ima-

² Entrevista com a ministra Cristina Peduzzi, do Tribunal Superior do Trabalho. Ver Motomura (2016).

³ Entrevista disponibilizada pelo The Guardian. Ver Walker (2015).

gem prototípica, questões relacionadas à identidade do juiz deveriam ser irrelevantes em seu ofício de julgar. O que importa é o conteúdo do Direito, não as convicções de seu aplicador⁴. Isso parece não levar em conta, como notam Schultz e Shaw (2013, p. 24, tradução nossa), que essa imagem tradicional pressupõe o “juiz [com] uma personalidade burguesa, masculina, branca e notável, de alta moralidade, humanista, branda, o pai amoroso de uma família feliz”. Mesmo em teorias menos ortodoxas de tomada de decisão judicial, o ideal de imparcialidade na adjudicação parece impor a abstração completa de considerações acerca da identidade do juiz.

Antes de avançar sobre o problema empírico relacionado ao atual estágio da presença de mulheres em órgãos judiciais⁵, considero que ainda padecemos de deficiências teóricas para explicar a importância desse problema nas democracias contemporâneas. Este artigo pretende ajudar a preencher essa lacuna. O objetivo é construir um argumento normativo que demanda mais mulheres em tribunais constitucionais, desenvolvendo uma tese que é diferente, mas não necessariamente incompatível com ideias já desenvolvidas pela literatura. Pretendo endereçar o desafio colocado por Ginsburg (2007, p. [1], tradução nossa) numa conferência da American Sociological Association: “como os números revelam, as mulheres no Direito, mesmo hoje, não estão ingressando em uma profissão livre de preconceitos. A pesquisa em ciências sociais pode ajudar a determinar por que isso acontece e, talvez, a resolver problemas persistentes”.

A tese aqui defendida está centrada nos ganhos de qualidade do processo decisório que tribunais mais diversos podem proporcionar, com destaque para o papel desses tribunais como instituições deliberativas. Com base no conceito de *perspectiva social* de Iris Marion Young, defende-se que órgãos judiciais mais diversos são aptos a aperfeiçoar o processo comunicativo na tomada de decisão constitucional. O propósito é contribuir com a literatura por meio do transplante de uma teoria desenhada originalmente para tratar de outras instituições políticas⁶. Essa abordagem tem seus limites restritos a (i) tribunais colegiados,

⁴O termo consta do título de um relatório publicado pela Comissão de Mulheres da American Bar Association (RHODE, 2001).

⁵Os estudos brasileiros, em particular, ainda são bastante limitados. A escassa literatura propõe-se a fazer o diagnóstico empírico e trabalha sobre dados de relatórios elaborados por organizações como o Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros. São dignas de menção abordagens mais desenvolvidas relacionadas à sociologia das profissões, lideradas pela pesquisadora Maria Glória Bonelli. Ver, *e.g.*, Marques Junior (2014) e Fragale Filho, Moreira e Sciammarella (2015). Para dados mais atuais, ver Bonelli e Oliveira (2020).

⁶Atende-se, assim, a um critério consensual para a escolha da questão de pesquisa: “mostrar que teorias ou evidências projetadas para algum propósito em uma literatura podem ser aplicadas em outra literatura para resolver um problema existente, mas aparentemente não relacionado” (KING; KEOHANE; VERBA, 1994, p. 17, tradução nossa).

em que um grupo de juizes é responsável por decidir coletivamente; e especialmente a (ii) tribunais encarregados de julgar questões constitucionais, partindo da crença de que o tipo de controvérsia decidido por esses órgãos é mais permeável às dinâmicas de gênero que se estabelecem dentro de um colegiado.

A fim de localizar essa tese dentro da literatura, a primeira parte do artigo cuidará de sintetizar as abordagens dominantes que defendem a diversidade de gênero no Judiciário, classificadas em *simbólicas* e *empiristas* ou *orientadas para resultados*. Pretende-se demonstrar que cada uma dessas visões responde de maneira distinta às três questões principais que impulsionam esta investigação normativa: *por que* as mulheres nos tribunais constitucionais importam; *com que propósito* devemos defender a presença de mais mulheres nos tribunais; e *como* devemos institucionalizar a diversidade de gênero nos tribunais.

A segunda parte do artigo descreve tribunais constitucionais como instituições deliberativas. O objetivo é enfatizar que a adjudicação constitucional é mais bem descrita como um empreendimento coletivo profundamente influenciado pelas características individuais e sociais de seus juizes. Esse passo é central para destacar a individualidade de cada juiz como variável relevante no processo decisório de órgãos judiciais. Se a tomada de decisão constitucional é entendida como um esforço comunicativo entre pares, a questão da diversidade de gênero de juizes pode influenciar não apenas os *resultados* propriamente ditos de deliberações judiciais (*pontos de chegada*), mas também a qualidade *procedimental* das engrenagens judiciais (*pontos de partida*).

Na terceira parte será desenvolvida a tese com base no conceito de perspectiva social elaborado pela teórica feminista Iris Marion Young. Considera-se essa ideia central para que se compreenda como pontos de partida diversos, que incorporem perspectivas correspondentes a grupos sociais que padecem de dominação e opressão, podem enriquecer processos deliberativos em tribunais constitucionais. De forma determinante, assume-se a distinção conceitual entre *perspectivas*, *opiniões* e *interesses*, ignorada em estudos judiciais sobre o tema. Esse passo é fundamental para a elaboração de uma resposta teórica que seja apta a superar o risco do essencialismo de gênero e se diferencie de abordagens centradas na equivocada correlação automática entre identidade de gênero e agendas feministas. Ao final, discorre-se sobre possíveis implicações da tese para a institucionalização da diversidade de gênero em cortes constitucionais. Em essência, a questão de *como* promover a diversidade de gênero na prática pode assumir diferentes formas, a depender de questões contextuais, o que dificulta a recomendação de receitas prontas de desenho institucional.

2 Gênero no Judiciário: abordagens dominantes

2.1 Abordagem simbólica

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.

Além disso, a abordagem simbólica não precisa avançar sobre a influência da diversidade na atividade-fim de tribunais, *i.e.*, não precisa demonstrar como um maior número de mulheres modifica o funcionamento dessas instituições. Isso abre caminho para justificativas que operam em um terreno teórico mais consensual e abstrato. Kenney (2013) desenvolve tal abordagem organizando uma tese pragmática, que não precisa levar em consideração qualquer tipo

de influência da diversidade sobre o conteúdo das decisões de uma corte. Segundo a autora, é possível desenvolver o argumento em favor da participação de mais mulheres no Judiciário exclusivamente por seu valor simbólico. Kenney trabalha essa visão com base num *argumento de legitimidade* que não é apoiado por um *argumento de diferença*. A legitimidade requer que parcelas representativas do público ao qual aquele órgão jurisdicional responde, incluindo pessoas de grupos minoritários, não sejam excluídas do processo deliberativo para que o sistema seja considerado *justo*. Nessa linha, “a presença de mulheres perturba a suposição normal de que homens brancos heterossexuais são os únicos cidadãos capazes de realizar o ritual central de fazer um julgamento objetivo” (KENNEY, 2013, p. 161, tradução nossa), ou seja, “que apenas homens privilegiados são naturalmente adequados para assumir autoridade em nome do Estado e para exercer o seu cuidado patriarcal em nome de toda a sociedade” (KENNEY, 2013, p. 176, tradução nossa).

Sandra Day O'Connor, juíza aposentada da Suprema Corte dos EUA e também defensora da abordagem simbólica, enfatiza a importância de termos mais mulheres em órgãos judiciais para o progresso da igualdade de gênero de forma universal. O'Connor (apud GINSBURG, 2007, p. [9], tradução nossa) sintetiza os principais contornos dessa visão ao argumentar que, “à medida que as mulheres alcancem o poder, as barreiras cairão. À medida que a sociedade veja o que as mulheres podem fazer, à medida que as mulheres vejam o que as mulheres podem fazer, haverá mais mulheres fazendo coisas, e todos estaremos melhor com isso”. Assim, teses simbólicas justificam-se pelo comportamento de juízas no desempenho de suas funções. Como reconhece Dixon (2009, p. 34, tradução nossa), “existem várias razões simbólicas para as feministas favorecerem a nomeação de juízas,

independentemente de seus compromissos substantivos jurisprudenciais”, uma vez que “estão em uma posição especial para enviar uma mensagem para mulheres de diferentes origens sobre o grau em que o poder governamental está aberto a elas e projetado para servir aos seus interesses”.

2.2 Abordagem empirista ou orientada por resultados

Além da abordagem simbólica, o debate acadêmico dominante – ainda que pouco presente na literatura brasileira – parece estar mais focado em investigar se a presença de juízas redundaria em melhores resultados para a agenda feminista, em particular naqueles casos relacionados a temáticas de gênero. Essa segunda visão está mais preocupada com os *resultados empiricamente verificáveis* dos processos de tomada de decisão judicial.

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 juízes e o conteúdo de suas decisões⁷. 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 juízes exerce influência sobre o conteúdo de suas decisões⁸. Uma abordagem orientada para resultados

⁷ Para um exemplo correlato quanto à diversidade racial, ver Kastellec (2013).

⁸ Por óbvio, essas abordagens representam tipos ideais, cujos limites são, por vezes, mais turvos do que uma classificação estanque poderia sugerir. O estudo de Peresie (2005), por exemplo, pode ser enquadrado em uma abordagem orientada por resultados mais sofisticada, que não apenas investiga o impacto direto em votos de juízes, mas também

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*.

Essa abordagem enfrenta um desafio metodológico relacionado à necessidade de generalização. Não poderíamos inferir, por exemplo, com base em dados coletados de um tribunal específico mostrando correlação relevante entre decisões a favor de direitos das mulheres e uma presença mais significativa de juízas, que esse mesmo efeito ocorreria em outros tribunais ou em circunstâncias diferentes. Assim, a abordagem substantiva dificilmente permite a extrapolação de seus resultados empíricos para outros contextos, mesmo para casos com desenho institucional semelhante. Além disso, a literatura sobre o assunto aponta que “os efeitos da raça e do gênero do juiz irão variar com o tipo de caso” (HAIRE; MOYER, 2015, p. 10, tradução nossa). Dado esse caráter dependente do contexto e suas dificuldades metodológicas, a abordagem orientada para resultados não foi apta a consolidar uma resposta unificada na literatura, que apresenta posições em sentidos opostos. Como Kenney (2013, p. 173, tradução nossa) conclui, “se pensarmos no sexo como variável e nas diferenças de sexo como causadoras de resultados diferentes previsíveis, podemos descobrir que isso ocorre em alguns momentos e lugares, mas não em outros”.

Dixon (2009) aponta como a principal falha dessa linha de investigação a premissa que ela chama de correlação mulher-feminista, ou seja, a suposição de que juízas, por causa de sua identidade de gênero, seriam mais simpáticas às visões substantivas feministas do que juízes,

os efeitos indiretos sobre deliberação, viés de deferência de homens a mulheres em casos que envolvem considerações de gênero, possíveis comportamentos estratégicos fundados em dinâmicas de gênero e efeitos de moderação de comportamentos decorrentes da presença de juízas.

particularmente ao decidir casos relacionados com temáticas de gênero. O que ela quer dizer é que a experiência pessoal de juízas – e não apenas sua identidade – constitui o fator determinante para sua maior sensibilidade diante de casos que envolvam agendas feministas. Como consequência, pode ser que o foco se desloque da identidade de juízes para seus pontos de vista substantivos. O movimento feminista é confrontado com uma escolha de Sofia, em que deveriam “pesar os benefícios associados à mera presença de uma juíza no tribunal contra a importância da abordagem substantiva de uma justiça para questões de preocupação central para as feministas” (DIXON, 2009, p. 36, tradução nossa). Além disso, a autora chama atenção para o risco de uma estratégia antifeminista de defender a indicação de juízas com visões contrárias à causa feminista. Em qualquer caso, essa objeção mostra que, embora abordagens simbólicas e substantivas possam funcionar para a defesa de mais mulheres no Judiciário, esses argumentos não são completos e poderiam redundar em caminhos diferentes.

2.3 Por que, como e com que propósito?

A literatura dominante sobre mulheres no Judiciário está centrada em abordagens simbólicas e empiristas. O argumento em favor da presença de mulheres varia entre um empreendimento teórico que enfatiza sua importância simbólica do ponto de vista mais genérico e abstrato e um esforço empírico que pretende atestar um efeito concreto e específico pró-mulheres de tribunais mais diversos. Esses diferentes caminhos também podem ser separados entre aqueles que veem a identidade de gênero de juízas ou juízes como uma variável independente para explicar e prever decisões judiciais e aqueles que veem esse exercício como uma fórmula arriscada, que pode redundar em um prejudicial essencialismo de gênero.

As visões simbólica e empirista monopolizam o debate do ponto de vista teórico e fornecem respostas diferentes – e eventualmente conflitantes – para as três questões fundamentais que orientam esta investigação: (i) *por que* juízas são importantes? (ii) qual deve ser o *propósito* de termos mais mulheres em cortes constitucionais? e (iii) *como devemos institucionalizar* cortes mais diversas? Abordagens simbólicas desviam-se de preocupações com o conteúdo substantivo das decisões judiciais, ao passo que abordagens orientadas para resultados concentram seus esforços exclusivamente nesse ponto, reforçando a percepção de que o propósito de ter mais mulheres no Judiciário deve ser o avanço da agenda feminista. No que diz respeito à institucionalização da diversidade, as abordagens simbólicas, que enfocam o papel representativo de tribunais, tendem à defesa de colegiados que reflitam com precisão a proporcionalidade de

homens e mulheres na sociedade, ao passo que as abordagens substantivas tendem a centrar sua atenção nas experiências e opiniões substantivas de juízes individuais.

Uma terceira abordagem ainda subexplorada na academia, em particular no Brasil, está mais preocupada com a influência da diversidade de gênero sobre o desempenho deliberativo de tribunais. A seguir será elaborado mais detalhadamente o argumento de mais mulheres em tribunais constitucionais como uma ferramenta para melhorar a qualidade dessas instituições. O objetivo é superar o conflito aparente entre *igualdade e mérito* sem valer-se da correlação mulher-feminista ou cair na armadilha essencialista de gênero. A abordagem se concentrará exclusivamente em tribunais constitucionais, uma vez que essas instituições constituem o terreno mais fértil para a tese, dada a natureza mais permeável a aspectos extrajurídicos de seus casos. Em seguida, será estruturada uma tese que caracteriza tribunais constitucionais como instituições deliberativas e aborda a importância da presença de *perspectivas sociais* de grupos que padecem de opressão para aperfeiçoar esses processos deliberativos.

3 Tribunais constitucionais como instituições deliberativas

3.1 Adjudicação constitucional como empreendimento coletivo

A teoria jurídica contemporânea há muito abandonou a visão estilizada de cortes constitucionais como *loci* mecânicos para determinar o que é o Direito em favor de imagens mais realistas que tentam reconciliar o papel institucional de tribunais com sua configuração não majoritária. Uma dessas imagens influentes descreve cortes como instituições deliberativas.

De acordo com essa visão, os tribunais constitucionais fornecem uma justificativa para seu papel em uma democracia precisamente por causa de suas “condições peculiares de tomada de decisão” (MENDES, 2013, p. 3, tradução nossa).

Um problema recorrente nessa literatura é um tipo de pressuposto embutido de que tribunais, unicamente em razão de sua configuração institucional, seriam naturalmente um fórum privilegiado para deliberação. Rawls (1993), por exemplo, acreditava que, por suas características peculiares, a Suprema Corte dos EUA era um “exemplar da razão pública”. Na mesma linha, Rosanvallon (2011) argumenta que os tribunais constitucionais detêm uma “legitimidade funcional” totalmente compatível com seu *status* de colegiado não eleito. Dentro desse papel reflexivo, “os tribunais não apenas julgam e censuram; eles também ajudam a enriquecer a deliberação democrática, encorajando e estabelecendo as condições do *l'être-ensemble*” (ROSANVALLON, 2011, p. 141, tradução nossa). Isso se deveria principalmente ao domínio que os tribunais conferem a direitos fundamentais e a princípios constitucionais.

No entanto, deve-se ter em mente que não se pode assumir *a priori* essa reflexividade de cortes judiciais. 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,

2015, 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. Como argumenta um juiz citado na pesquisa de Haire e Moyer (2015, p. 80, tradução nossa),

[e]stamos lá para iniciar uma discussão; para explicar por que um argumento está sendo rejeitado ou uma posição está sendo adotada como logicamente preferível ou, pelo menos, viável. Esse é o ponto de ter três pessoas em um painel [...] a ideia é submeter um argumento a múltiplas visões. Cada juiz deve se empenhar em testar sua posição contra a lógica apresentada por outro.

Acontece, no entanto, que estudos contemporâneos voltados para o aperfeiçoamento da deliberação interna em tribunais têm sistematicamente deixado de lado uma questão com implicações importantes no processo de tomada de decisão: *quem são os juízes* que têm assento nos tribunais constitucionais e *como suas diferentes perspectivas podem influenciar* o processo comunicativo, seja para ampliar o leque de razões levadas em conta, seja para *encobrir posições estruturalmente desprivilegiadas* em favor de visões de mundo dominantes. Essa preocupação deve ser tomada ainda mais a sério quando levamos em consideração a configuração tradicionalmente elitista de tribunais constitucionais. Nesse contexto, como a presença de mais juízas pode ser um passo fundamental para concretizar a promessa dos tribunais como exemplares da razão pública ou como instituições que alcançam uma legitimidade funcional por sua reflexividade diferenciada?

Será que a questão da diversidade de gênero pode ser apresentada até mesmo para aqueles que acreditam que “no final do dia, um velho sábio e uma velha sábia chegarão à mesma decisão” (GINSBURG, 2007, p. [8], tradução nossa)? Ao retratar a adjudicação constitucional como um empreendimento coletivo e deliberativo, é possível ver que essa questão é estruturada de forma enganosa e enviesada. Antes mesmo de confrontar a afirmação específica de que a diferença de gênero não é

uma questão relevante para o resultado da decisão, argumentamos que *a natureza coletiva da decisão constitucional tem um valor intrínseco*. Ter um número de juízas ou juízes sábios – não apenas um – deliberando sobre determinado assunto fornece um terreno mais fértil para a razão constitucional. Isso nos leva à conclusão de que “uma juíza sentada com juízes homens pode complementar e, assim, oferecer um contrapeso às opiniões e experiências de seus colegas (homens), fornecendo uma abordagem ‘diferente’ sobre o assunto em questão” (RACKLEY, 2013, p. 169, tradução nossa).

4 Diversidade de gênero importa: uma abordagem procedimental

4.1 O melhor argumento contra a diferença: o risco do essencialismo de gênero

Em seu livro *Gender and Justice*, Kenney (2013) rejeita por razões estratégicas o argumento pela diversidade de gênero com base na diferença. Kenney abandona essa abordagem porque a considera desnecessária e arriscada. O risco é a consolidação do essencialismo, entendido como “a crença de que homens e mulheres nascem com naturezas distintamente diferentes, determinadas biologicamente, e não culturalmente” (ESSENTIALISM, 2011, tradução nossa)⁹. A autora corretamente aponta que “o feminismo emergiu para desafiar o essencialismo e suas prescrições, mesmo que o feminismo tenha muitas vezes sido preso pela naturalização das diferenças” (KENNEY, 2013, p. 161-162, tradução nossa).

Para mostrar que esse risco está presente nos processos cotidianos de tomada de decisões judiciais e de júris, Kenney lembra a opinião divergente do *chief justice* da Suprema Corte dos EUA, William Rehnquist, no caso *J.E.B. v. Alabama*, em que ele distinguiu a discriminação das mulheres de outros tipos de discriminação, argumentando que “os dois sexos diferem biologicamente e, em grau decrescente, em experiência. Não é apenas um ‘estereótipo’ dizer que essas diferenças podem produzir uma diferença de perspectiva que é levada à sala do júri” (KENNEY, 2013, p. 180, tradução nossa). Essa abordagem essencialista está associada a uma ideia substancialista de grupos sociais que os define por um conjunto de atributos naturais, como ser “feminino”. Assim, “congela a fluidez experimentada

⁹ Esta é uma definição superficial fornecida pelo *Dictionary of Media and Communication* de Oxford, publicado em 2011. Para um estudo mais aprofundado sobre o assunto, ver Witt (2011).

nas relações sociais, estabelecendo distinções rígidas de dentro para fora entre os grupos” (YOUNG, 2000, p. 88, tradução nossa). Isso teria o efeito de colocar os membros do grupo social em “relações determinadas entre si e com os não membros” (YOUNG, 2000, p. 90, tradução nossa). Para superar esse risco, precisamos partir de uma concepção de grupo social que não é fixa e naturalizada, e sim fluida e construída socialmente.

4.2 Perspectivas sociais e performance deliberativa

Busca-se neste estudo desenvolver uma abordagem orientada a procedimentos que reforcem a necessidade de diversificarmos a composição de tribunais constitucionais. O núcleo do argumento não é novo. Lady Hale, vice-presidente da Suprema Corte do Reino Unido e a primeira mulher nomeada para esse tribunal, expressa de forma eloquente a ideia de que a diversidade de gênero promove a qualidade da atividade de tomada de decisão judicial. De acordo com Hale (apud RACKLEY, 2013, p. 49, tradução nossa), “a incorporação da diferença na bancada muda sutilmente e, em última análise, melhora o produto judicial”. Rackley (2013, p. 180, tradução nossa) considera que

à medida que o número de juízas aumenta, especialmente nos tribunais superiores, as percepções e perspectivas das mulheres se tornarão parte – e mudarão – o corpo mais amplo de conhecimento jurídico ao qual todos os juízes e advogados (sejam quais forem suas disposições) são expostos e com os quais devem se engajar.

A novidade da tese aqui defendida repousa no conceito teórico que sustenta a afirmação. Ao fazer uso da ideia de perspectiva social de Young, o objetivo é apresentar um argumento mais forte para a diversidade de gênero como ferramenta para melhorar o desempenho deliberativo dos tribunais constitucionais e enfrentar de forma mais adequada o maior desafio para a tese da diferença – nomeadamente o risco de essencialismo de gênero. O conceito de perspectiva social é um melhor substituto para ideias inseridas na tradição da política de identidade, uma vez que é capaz de cumprir sua função principal ao mesmo tempo em que foge de suas principais dificuldades, “em particular um essencialismo potencial” (MIGUEL, 2010, p. 29).

O argumento por mais mulheres em cortes é obscurecido por um amplo e confuso conjunto de ideias que reverberam sobre a importância de diversificar experiências, preferências, interesses, perspectivas, diferenças, valores, opiniões e assim por diante. Sem qualquer elucidação adicional acerca de cada uma dessas ideias, o argumento pela diversidade fundado na diferença é vazio conceitualmente e pode cair na armadilha

essencialista. Nesse sentido, a noção de perspectiva social é esclarecedora ao enfrentar as questões de *por que, com que propósito e como* devemos ter tribunais constitucionais com mais mulheres. Ao distinguir *perspectiva social de opinião e interesse*, Young (2000) lança luz precisamente sobre o fator singular que a presença de diferentes grupos sociais pode trazer para aumentar o potencial deliberativo de tribunais. Assim, ao importar esse conceito da teoria política feminista para aplicá-lo ao debate sobre gênero e Judiciário, pretendemos fornecer um argumento não essencialista por mais juízas que, nada obstante, é baseado na diferença, e não na igualdade. Para tanto, reconstruiremos brevemente a emergência desse conceito na literatura sobre representação política.

Em seu estudo clássico sobre representação política, Hanna Pitkin faz objeções ao que chama de *representação descritiva*. Segundo Pitkin (1967), tal concepção não conectaria a representação a um modelo ideal de ação por limitar-se à correspondência entre as características do povo representado e as de seus representantes. Segundo Pitkin, não é preciso que representantes compartilhem as mesmas características pessoais do público para desempenhar satisfatoriamente seu papel democrático. A representação descritiva seria parcial e insuficiente, pois estaria ancorada na falsa premissa de que as características individuais de um representante nos dariam uma boa indicação de sua atuação na esfera pública. Assim, “se estamos interessados em informações sobre o público, o ideal de perfeita reflexão ou semelhança não prejudica, mas se nossa preocupação é com a ação política de nossos representantes, a ideia de exatidão tende a nos enganar” (PITKIN, 1967, p. 89, tradução nossa).

Pitkin (1967) colocou um desafio considerável para teóricos que buscavam defender a inclusão das minorias em cargos políticos,

em uma crítica que lembra aquilo que Dixon (2009) chama de *correlação automática mulher-feminista*. Isso porque, se considerarmos que a semelhança entre representado e representante não nos diz muito sobre suas ações, poderíamos argumentar que as minorias teriam a possibilidade de ser bem representadas mesmo sem nenhum representante pertencente ao seu grupo social. Da mesma forma, juízas não trariam nenhum atributo distintivo pelo simples fato de serem “mulheres”. Se a representação descritiva não é um caminho promissor, não é suficiente para apoiar a defesa de mais representantes (ou juízas) mulheres.

O conceito de perspectiva social na obra de Young surge como uma das reações ao desafio de Pitkin e de outras teóricas que reconsideram o interesse na representação descritiva. Phillips (1995), por exemplo, defende uma *política de presença* ao lado de uma *política de ideias*, enfatizando que os interesses não são anteriores à representação. O foco na questão temporal é um ganho importante na avaliação de Phillips. Ao compreendermos que os interesses não são dados, mas sim objeto de uma construção social, temos mais motivos para denunciar a ausência de mulheres em cargos políticos como consequência direta de como as mulheres geralmente entendem sua posição social e formam seus próprios interesses (MIGUEL, 2013, p. 205-206). Se a própria realização dos interesses ocorre *durante* o processo deliberativo, temos razões para apoiar a presença de mulheres nesse processo. No entanto, a abordagem de Phillips é claramente orientada para instituições eletivas, e seu foco na presença de *interesses* pode não ser útil para abordar a natureza particular da adjudicação constitucional e seu dever embutido de imparcialidade.

Outra teórica política, Mansbridge (1999), fornece o que ela chama de *resposta contingente* ao desafio de Pitkin. Segundo ela, a presença de

mulheres em cargos políticos cumpriria quatro funções. Duas dessas funções – (i) a adequação da comunicação em contextos de desconfiança e (ii) a promoção do pensamento inovador em contextos de interesses não cristalizados ou não articulados – envolveriam uma melhoria potencial na qualidade da deliberação, ao passo que as outras duas – (iii) a criação de significado social relacionado à capacidade de governar de membros de grupos subjugados e (iv) o aumento da legitimidade *de facto* em contextos de discriminação – dizem respeito a razões simbólicas (MANSBRIDGE, 1999, p. 628).

Mansbridge (1999) supera a mera preocupação com atributos visíveis de indivíduos, avançando para as “experiências compartilhadas” que poderiam promover um sentimento de que o representante seria “um de nós” e criar a confiança de que pode disseminar “nossos interesses”. As duas primeiras funções pontuadas pela autora são particularmente relevantes para o argumento aqui desenvolvido, uma vez que destacam a função deliberativa que a presença de minorias pode promover ao explicitar a necessidade de inclusão na arena política de “pelo menos um representante que possa falar em nome de cada grupo apto a fornecer novas informações, perspectivas ou percepções relevantes para a compreensão que leva a uma decisão” (MANSBRIDGE, 1999, p. 634, tradução nossa). Embora ainda esteja ligada a uma visão de representação descritiva próxima ao risco do essencialismo de gênero, é importante notar que Mansbridge já enfatiza a necessidade de inclusão de *perspectivas*, que ela distingue de interesses, mesmo que não haja um fechamento conceitual claro sobre esse assunto. Há conexão entre a perspectiva de alguém e seu pertencimento a determinado grupo social, na medida em que “a qualidade aberta da deliberação confere vantagens comunicativas e informativas aos representantes que estão existencialmente próximos

às questões” (MANSBRIDGE, 1999, p. 635-636, tradução nossa). No entanto, sua teoria não escapa completamente do problema teórico do essencialismo, como a própria autora reconhece.

No livro *Inclusion and Democracy*, Young (2000) retoma a ideia de perspectiva e lhe confere maior consistência teórica com a noção de perspectiva social. Central para sua ideia é a lógica relacional dos grupos sociais¹⁰, segundo a qual “grupos não têm identidades como tais, mas sim os indivíduos, que constroem suas próprias identidades com base no posicionamento do grupo social” (YOUNG, 2000, p. 82, tradução nossa). Esse caráter relacional é expresso pela juíza Patricia Wald, que atuou como juíza-chefe do Tribunal de Apelações dos EUA para o Circuito do Distrito de Columbia e como juíza do Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia, ao afirmar que “ser mulher e ser tratada pela sociedade como uma mulher pode ser um elemento vital da experiência de um juiz. Essa experiência, por sua vez, pode afetar sutilmente a lente pela qual ela enxerga os problemas e as soluções” (WALD apud HAIRE; MOYER, 2015, p. 34, tradução nossa). A metáfora da lente pela qual se vê o mundo capta o cerne do conceito de perspectiva social.

Para compreender o conceito e sua relevância para o argumento procedimental, é importante contrastá-lo com os conceitos de *opiniões e interesses*. Os interesses são definidos “como o que afeta ou é importante para as perspectivas de vida dos indivíduos ou os objetivos das organizações”. Eles são diferentes dos valores porque estes determinam os fins que os indivíduos estabelecem para si próprios, ao passo que os interesses estão relacionados

¹⁰ É uma premissa importante deste trabalho que “um grupo social é um coletivo de pessoas diferenciadas de pelo menos um outro grupo por formas culturais, práticas ou modo de vida”. Para um debate mais aprofundado sobre o conceito de *grupo social* como expressão das relações sociais, ver Young (1990, p. 42-48, tradução nossa).

com os “meios para atingir esses fins”. As opiniões, por outro lado, são precisamente “os princípios, valores e prioridades defendidos por uma pessoa, uma vez que influenciam e condicionam seu julgamento sobre quais políticas devem ser perseguidas e quais os fins buscados”, ou seja, as ideias e crenças de como as coisas são ou deveriam ser (YOUNG, 2000, p. 134-135, tradução nossa).

Já as *perspectivas sociais* estão relacionadas com a “experiência, história e o conhecimento social diferentes” (YOUNG, 2000, p. 136, tradução nossa) derivados do posicionamento social das pessoas devido à diferenciação de seus respectivos grupos. Conforme esclarecido por Young (2000, p. 137, tradução nossa),

as posições sociais estruturais, portanto, produzem uma experiência relativa à localização particular e um conhecimento específico dos processos e consequências sociais. Cada posição de grupo diferenciada tem uma experiência ou ponto de vista específico sobre os processos sociais, precisamente porque cada um faz parte e ajudou a produzir os processos padronizados. Especialmente na medida em que as pessoas estão situadas em lados diferentes das relações de desigualdade estrutural, elas entendem essas relações e suas consequências de maneira diferente.

Como Young reconhece, cada pessoa tem um conhecimento social único e uma perspectiva relacionada à sua própria história particular, mas não podemos adotar uma concepção que radicalize essa natureza individualista e ignore completamente as posições sociais estruturais e “localizações sociais definidas pelo grupo”. A capacidade singular do conceito de perspectiva social é apreender “aquela sensibilidade da experiência posicionada em grupo sem especificar um conteúdo unificado para o que o perceptivo vê” (YOUNG, 1996, p. 132, tradução nossa). O conceito de perspectiva social de Young (1996) é concebido em meio à sua defesa de uma democracia comunicativa em oposição a uma visão mais unificadora da democracia deliberativa. Essa distinção terminológica visa a enfatizar a necessidade de uma pluralização de perspectivas e toma a diferença como um importante recurso democrático, com potencial para enriquecer a função deliberativa das instituições governamentais. É por isso que Young (2000) argumenta que, embora sua teoria seja voltada para a representação eleitoral, *ela poderia ser transplantada para outros espaços deliberativos, como os tribunais*¹¹. Sua aplicação aos tribunais constitucio-

¹¹ De acordo com Young (2000, p. 152, tradução nossa), “os legislativos não são os únicos órgãos governamentais [...] nos quais os argumentos para a representação do grupo podem e devem ser aplicados. Tribunais, audiências públicas, comitês e comissões nomeados e processos consultivos estão entre outros órgãos deliberativos e de tomada de decisão que devem ser candidatos a representação inclusiva, mesmo quando os cidadãos não votam diretamente em sua composição”. Deve-se considerar, no entanto, que cortes constitucionais

nais, entretanto, deve atender às especificidades dessas instituições, em particular ao dever de imparcialidade na adjudicação.

A ideia de perspectiva social possibilita que se aborde de forma mais realista a importância da identidade de uma juíza ou juiz para as deliberações colegiadas. Olhando além das togas, poderíamos entender como a inclusão de diferentes pontos de partida seria uma forma mais promissora de abordar questões de direito constitucional por ampliar as razões disponíveis para o processo de tomada de decisão. A diversidade de gênero, então, torna-se um recurso positivo, uma vantagem deliberativa para o tribunal. Se tribunais são mais legítimos quando deliberam melhor, eles são igualmente mais legítimos quando incluem juízas que trazem diferentes perspectivas sociais de diferentes grupos sociais, especialmente aqueles que são estruturalmente dominados e oprimidos.

Isso não significa que o tribunal tenha o dever de refletir com perfeição as características demográficas da sociedade como um todo, mas antes a ideia de que seu processo deliberativo de tomada de decisão deve ser aberto a uma multiplicidade de visões e razões que não são assimiladas por órgãos colegiados homogêneos. Uma configuração elitista e masculina de tribunais constitucionais não oferece as condições necessárias para abordar de maneira mais sensata as perspectivas vivenciadas por membros de grupos marginalizados, operando como mais um mecanismo implícito de opressão. O dever de incluir perspectivas sociais de juízas em órgãos colegiados poderia disponibilizar “recursos vivenciais e críticos para a comunicação democrática que pretende promover” (YOUNG, 2000, p. 115, tradução nossa).

não podem ser equiparadas a instâncias representativas do ponto de vista democrático. Para uma visão crítica desse tipo de abordagem, ver Miguel e Bogéa (2020).

4.3 Imparcialidade e diversidade em tribunais constitucionais

O conceito de perspectiva social revela de forma mais esclarecedora a importância de quem julga para a função deliberativa dos tribunais, sem a necessidade de rejeitar o ideal normativo de imparcialidade na adjudicação como um todo. Em todo caso, devem-se considerar as observações da juíza O'Connor (apud KENNEY, 2013, p. 170, tradução nossa) no já mencionado caso *J.E.B. v. Alabama*: “não é necessário ser sexista para compartilhar a intuição de que, em certos casos, o gênero de uma pessoa e a experiência de vida resultante serão relevantes para sua visão do caso”. Isso exige uma reavaliação da visão dominante de imparcialidade. Como Ifill (1998, p. 97, tradução nossa) aponta, “[a] importância do desapego, desinteresse e imparcialidade para um bom julgamento está [...] profundamente enraizada em nossa mitologia jurídica”. No entanto, a obrigação de imparcialidade não pode ser entendida como uma atitude completamente externa do julgador às controvérsias judiciais. Se alguém não pode ser completamente neutro em nenhuma faceta de sua existência devido à perspectiva social embutida em seu modo de agir e pensar, o conceito de *imparcialidade* deve lidar com essa premissa factual a fim de sobreviver como tipo ideal relevante.

De acordo com o pensamento dominante, se algo além da lei torna-se relevante para o raciocínio por trás das decisões judiciais, a própria autoridade dos tribunais como intérpretes legítimos da lei poderia ser questionada. Se a disputa se der entre preferências políticas, o fórum mais adequado para a tomada de decisão seria aquele que enfatiza o elemento majoritário da democracia constitucional, não o elemento contramajoritário baseado em direitos, como é inerente à função do tribunal. Temos, aqui, uma questão semelhante àquela que Pitkin (1967)

troux sobre a representação descritiva, mas que também apresenta um desafio adicional próprio de tribunais encarregados da tarefa de aplicar a lei. O dever de imparcialidade parece, assim, ser duplo: por um lado, o juiz deve tratar todas as partes igualmente e adotar uma postura imparcial para decidir sem qualquer compromisso ou conflito de interesses e, por outro, o caráter do próprio juiz não deve importar para o resultado de sua atividade de tomada de decisão. Todos os motivos que sustentam sua decisão devem ser encontrados apenas na lei.

Referindo-se à juíza Sotomayor, da Suprema Corte dos EUA, Dixon (2009, p. 13, tradução nossa) cita que ela “sugeriu que, em seu próprio caso, sua experiência como mulher e pessoa de cor foram importantes. Embora pudesse se esforçar para ser imparcial, ela não poderia evitar ser influenciada, sugeriu, por seu ‘gênero [ou] [...] herança latina’”. Devemos ter em mente que os membros de um tribunal não deixam de ser membros da sociedade a que se dirigem suas decisões, não sendo possível exigir normativamente que se desfaçam de suas individualidades e extirpem sua própria condição de ser ao deliberar¹². Obviamente, isso não significa rejeitar a alegação de que eles não devem apresentar uma predisposição a favor de um resultado que se alinhe com os interesses e preferências de um dos lados da disputa judicial.

Nesse sentido, o esclarecimento conceitual proporcionado pela ideia de perspectiva social permite-nos conceber a inclusão de indivíduos de diferentes grupos sociais no processo deliberativo (em particular aqueles submetidos a

¹² Além disso, vale lembrar que “estereótipos de mulheres como ativistas feministas evocam cenários de conspirações feministas que subverteriam a jurisdição constitucional e, portanto, o Estado de Direito”. É importante, então, articular uma teoria que mostre que “longe de representar uma ameaça à democracia ou ao Estado de Direito, o legado das vozes das juristas sugere que elas promoveriam a justiça constitucional para mulheres e homens” (BAINES, 2017, p. 312, tradução nossa).

processos de dominação e opressão) refletindo seus pontos de partida distintos e parciais, sem comprometer a ideia de imparcialidade na adjudicação, mas demandando sua reformulação¹³. A presença de juízas seria uma etapa necessária para alcançarmos a *imparcialidade estrutural*, entendida como aquela “realizada por meio da interação de diversos pontos de vista no tribunal e a consequente diminuição da oportunidade de uma perspectiva dominar de forma consistente a tomada de decisão judicial” (IFILL, 1998, p. 119, tradução nossa). Assim, temos espaço na adjudicação constitucional para um tipo menos idealizado de imparcialidade que seja informado pelo papel inevitável que as perspectivas sociais dos juizes desempenham no processo de deliberação judicial.

Com o transplante do conceito de perspectiva social para o debate sobre mulheres no Judiciário, é possível desenvolver de forma mais aprofundada uma abordagem que, orientada para o processo, mostre como a diversidade de gênero amplia o espectro deliberativo de tribunais constitucionais. O argumento não precisa basear-se exclusivamente em sua importância simbólica, nem necessariamente tem de ser apoiado por evidências empíricas que demonstrem que tribunais mais diversos alcançam resultados diferentes em uma base constante. O argumento volta a atenção para os pontos de partida do processo deliberativo, não para seus capítulos finais. Em vez de concentrar esforços na enganosa pergunta sobre se homens e mulheres razoáveis devem chegar à mesma decisão, a abordagem defendida explora o fato de que juizes oriundos de diferentes grupos sociais trazem perspectivas distintas, o que amplia

¹³ Como Young (1990, p. 104, tradução nossa) argumenta, “é impossível adotar um ponto de vista moral não situado e, se um ponto de vista está situado, ele não pode ser universal, não pode destacar-se e compreender todos os pontos de vista”.

pontos de vista e forja condições melhores para um processo de tomada de decisão coletiva fundado na razão.

5 Conclusão

Este artigo oferece um argumento teórico em favor da presença de mulheres em tribunais constitucionais. Ao avaliar a literatura sobre o tema, podemos classificar as abordagens mais convencionais em (i) abordagens simbólicas, que chamam a atenção para a importância das mulheres em cargos socialmente valorizados ou politicamente poderosos como parte de um processo mais amplo de empoderamento; ou (ii) abordagens empiristas, que buscam estabelecer uma correlação entre a presença de mulheres e uma agenda judicial feminista ou pró-mulheres. O objetivo deste trabalho foi aprofundar uma terceira alternativa menos explorada, aqui denominada *abordagem procedimental*, com fundamento em *insights* teóricos da feminista Young. Nesse sentido, a inclusão de mulheres em tribunais constitucionais é percebida como ferramenta para ampliar as *perspectivas sociais* nas cortes, enriquecendo o empreendimento coletivo de adjudicação constitucional. Ao conceber *perspectivas sociais* como *pontos de partida socialmente construídos*, inseparáveis dos indivíduos que as carregam, a justificativa para a diversidade é capaz, a um só passo, de endereçar o problema da imparcialidade na adjudicação, com base em sua reformulação, e desviar-se dos perigos do essencialismo de gênero.

A tese defendida, portanto, responde de maneira ligeiramente diferente de outras visões às questões de *por que* precisamos de mais juízas e com que *propósito*. Precisamos de mais mulheres não apenas para dar o devido peso aos direitos das mulheres, mas antes para evitar que toda a sociedade seja submetida às deliberações de órgãos colegiados homogêneos, que podem raciocinar de forma parcial e enviesada. O propósito de mais mulheres, então, vai ao encontro dos requisitos de qualidade e mérito em vez de concorrer com eles, como afirmam alguns críticos. Com isso, buscou-se demonstrar que a diversidade de gênero é condição do mérito¹⁴, especialmente quando este se desvincula de uma concepção individualista e é fundado em modelos ideais de deliberação coletiva. As demais abordagens não enfrentam esse desafio, já que argumentos simbólicos não consideram as particularidades da atividade decisória, e abordagens

¹⁴ Esse é outro ponto de convergência com o que defende Rackley (2013, p. 187, tradução nossa), pois ela conclui que “diversidade e mérito andam de mãos dadas; qualquer pessoa que tenha interesse em garantir que nosso judiciário seja o melhor possível também tem uma razão para ver que é tão diverso quanto pode ser. A nomeação por mérito, longe de impedir a busca pela diversidade, fornece um argumento para isso”.

empiristas não conseguem demonstrar de forma inequívoca que um maior número de mulheres gera decisões qualitativamente superiores. Como Dixon (2009) corretamente identifica, esse segundo tipo de estudo ainda pode reforçar o problemático viés mulher-feminista.

Além de contribuir para o debate sobre gênero no Judiciário, procurou-se ainda preencher lacuna da literatura que descreve a adjudicação constitucional como um empreendimento coletivo e deliberativo. Ao argumentar que a diversidade é importante para a performance deliberativa de cortes constitucionais, o objetivo foi também ampliar o escopo de estudos que se preocupam com a elaboração de padrões normativos para a deliberação interna de tribunais. Buscou-se demonstrar que não apenas a configuração institucional e as regras internas devem ser consideradas relevantes, visto que a identidade dos juízes e o grau de diversidade do colegiado têm reflexos centrais na qualidade de processos deliberativos.

Quanto à questão de *como devemos institucionalizar a diversidade de gênero em tribunais*, o argumento defendido não fornece resposta conclusiva. No entanto, aponta vários caminhos possíveis, mas dificilmente apoiaria teses que redundam na defesa da paridade de gênero por meio da implementação de cotas. Isso porque a reserva de uma série de cadeiras, especialmente em pequenos órgãos colegiados como tribunais constitucionais, não é compatível com a natureza relacional dos conceitos de grupo social e de perspectiva social emprestados de Young. Como observa a autora, “reservar assentos para grupos específicos pode tender a congelar tanto a identidade daquele grupo quanto suas relações com outros grupos na política. Algum procedimento mais fluido é desejável para a adaptação às mudanças nas relações sociais” (YOUNG, 2000, p. 149, tradução nossa). Nesse sentido, “o que poderia ser mais eficaz que cotas seria fazer

do equilíbrio de gênero uma meta implícita e uma referência pela qual [os responsáveis pelas indicações] são avaliados” (SCHULTZ; SHAW, 2013, p. 22, tradução nossa)¹⁵.

Assim, contra Dixon (2009) e, em certa medida, Hunter (2012)¹⁶, consideramos que os movimentos de defesa de direitos de mulheres não podem deixar de concentrar esforços no apoio à nomeação de juízas para tribunais constitucionais não apenas por seu efeito simbólico, mas também pelo potencial de enriquecimento do procedimento deliberativo desses colegiados. Enfim, a institucionalização de um tribunal mais diverso deve ser um ponto importante nas agendas de organizações de *advocacy*, o qual deverá ser ponderado com outras preocupações substanciais a serem avaliadas de forma concreta de acordo com as condições contextuais de cada realidade.

Igualmente, não se pode perder de vista o aspecto numérico, visto que a presença de poucas mulheres em colegiados não seria suficiente para potencializar a deliberação. Como Rackley (2013, p. 177, tradução nossa) aponta, “a possibilidade de juízas fazerem diferença na tomada de decisões judiciais depende (no momento) de seus pares masculinos estarem abertos a novos

¹⁵ Outras medidas poderiam inspirar-se nas experiências francesas de treinamentos especiais “para ajudar jovens graduados de classes desfavorecidas a se prepararem para o concurso para a magistratura”, embora o acesso aos tribunais constitucionais ainda contenha filtros relevantes de gênero (BOIGEOL, 2013, p. 135, tradução nossa).

¹⁶ Como as perspectivas sociais são pontos de partida que não garantem a correlação mulher-feminista, algumas autoras, como Rosalind Dixon e Rosemary Hunter, defendem a necessidade de juízes feministas em vez de juízas mulheres. Para Hunter (2012), é um equívoco falar sobre mulheres e poder, uma vez que o compromisso com as experiências e perspectivas de outras mulheres não deve ser esperado de todas as mulheres, mas sim das feministas. Argumenta-se, no entanto, que todas as mulheres, por seu posicionamento social e sua relação com outros grupos sociais, podem trazer algo diferente para a mesa ao deliberar sobre direitos constitucionais, independentemente de suas *opiniões*. Assim, a ideia de perspectiva social não rejeita a reivindicação de juízas feministas, mas certamente reinstala a necessidade de juízas mulheres. Ver Hunter (2012).

argumentos e pontos de vista alternativos”. Essa percepção ficou marcada em episódio recente do STF no qual a ministra Cármen Lúcia, como presidente da Corte, explicitou as interrupções seguidas enfrentadas pela ministra Rosa Weber¹⁷. Um estudo apontou que a variável gênero do relator é preditiva das chances de votos divergentes (GOMES; NOGUEIRA; ARGUELHES, 2018). Em estudo empírico da Suprema Corte dos EUA, dados já demonstraram que *justices* mulheres são mais interrompidas na etapa de argumentos orais, inclusive por advogados (JACOBI; SCHWEERS, 2017). Mansbridge (1999) reconhece que, em situações ideais, uma pessoa que oferece a perspectiva de um grupo marginalizado seria suficiente para promover a deliberação, mas o processo deliberativo é sinérgico, e os grupos menos favorecidos sempre precisam formar “massa crítica”. Essa circunstância tornaria necessário que o número de mulheres fosse ao menos próximo de sua proporção na sociedade.

O caráter abstrato da tese defendida neste estudo também apresenta desafios adicionais para a teoria jurídica. A fim de comprovar a correção do argumento, seria natural testar sua relevância prática por meio de estudos empíricos. Esse exercício não é trivial. Como Schultz e Shaw (2013, p. 33, tradução nossa) apontam, “os julgamentos são difíceis de avaliar e a qualidade judicial, difícil de medir”. Como visto, a natureza do argumento não permite que ele seja simplificado em um esforço empírico que busque correlações entre a identidade de juízes e o conteúdo de suas decisões. Avaliar a qualidade do processo deliberativo pode passar por desenhos de pesquisa alternativos, como a adoção de métodos qualitativos ou mistos baseados em entrevistas semiestruturadas, estudos históricos de processos de nomeação e outros mecanismos

para alcançar dados não acessíveis por meio de métodos quantitativos tradicionais¹⁸.

Isso tudo se deve ao fato de que a abordagem procedimental responde à questão do *propósito* da diversidade de maneira diferente das demais visões. Aqui, o objetivo básico da presença de mulheres não é fomentar a agenda feminista por meio de litígios, tampouco funcionar como ferramenta simbólica, embora esses sejam objetivos inegavelmente legítimos e importantes. O propósito da diversidade assume natureza mais holística, pois é orientado para a realização da justiça na sociedade como um todo, o que inclui – mas não se limita – o avanço dos direitos de mulheres com base no reforço da qualidade das deliberações judiciais.

Para consagrar o papel de tribunais constitucionais como instituições deliberativas, não basta termos juízes bem qualificados com origens sociais homogêneas. Uma configuração mais pluralista tenderia a um procedimento qualitativamente superior, redundando em julgamentos mais legítimos da Constituição. Isso não ocorre porque a lei serve apenas de justificativa *post-facto* para a implementação de decisões políticas baseadas em interesses e preferências individuais, como alguns realistas jurídicos defendem, mas antes porque as *perspectivas sociais* de juízes são condições inafastáveis do processo de leitura coletiva do Direito durante o empreendimento deliberativo. Nesse sentido, igualdade de gênero e mérito não são oponentes que precisam ser equilibrados, e sim ideias que convergem para a necessidade de se fazer justiça para todos. A diversidade ajuda a “corrigir vieses derivados do domínio da perspectiva parcial sobre a definição de problemas ou suas possíveis soluções” (YOUNG, 2000, p. 83, tradução nossa).

¹⁷ Ver Sorg (2017).

¹⁸ Bom exemplo é fornecido pelo trabalho de Haire e Moyer (2015).

Não se pretende afirmar que a diversidade no Judiciário por si só constitui solução final para a desigualdade de gênero. Devemos também levar em consideração outros problemas simbólicos e substantivos. Argumenta-se apenas que mulheres, como integrantes de um grupo social sujeito à dominação e opressão em condições contextuais concretas, devem ter sua presença potencializada em cortes constitucionais. Com isso, suas perspectivas sociais enriqueceriam o empreendimento coletivo de aplicação do Direito. A diversidade de gênero em tribunais não é apenas uma questão de justiça, mas também um *imperativo epistêmico*.

Sobre o autor

Daniel Bogéa é mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; *master* em andamento em Teoria do Direito na Università degli studi di Genova, Gênova, Itália. E-mail: danielvbs@gmail.com

Nota do autor: versões preliminares do argumento aqui desenvolvido foram apresentadas na Conferência Anual da Sociedade Internacional de Direito Público (ICON-S) de 2017, realizada em Copenhague, e em encontro do grupo de debates da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (PósDebate). Agradeço, em especial, aos comentários e críticas de Débora Rezende de Almeida, Pablo Holmes, Tom Hickey, Camila Duran, Ana Rita Nery, Rafael Nunes, Livia Guimarães e Luis Felipe Miguel.

Como citar este artigo

(ABNT)

BOGÉA, Daniel. Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 229, p. 103-126, jan./mar. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n229_p103

(APA)

Bogéa, D. (2021). Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(229), 103-126. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n229_p103

Referências

BAINES, Beverley. Women judges on constitutional courts: why not nine women? In: IRVING, Helen (ed.). *Constitutions and gender*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing,

2017. p. 290-320. (Research Handbooks in Comparative Constitutional Law Series). DOI: <https://doi.org/10.4337/9781784716967.00019>.

BOIGEOL, Anne. Feminisation of the French “magistrature”: gender and judging in a feminised context. In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Gender and judging*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2013. p. 125-144. (Oñati International Series in Law and Society).

BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Mulheres magistradas e a construção de gênero na carreira judicial. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 143-163, jan./abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300202000010006>. Disponível em: http://novosestudios.com.br/wp-content/uploads/2020/06/08_bonelli_116_p142a163_b_vale.pdf. Acesso em: 3 dez. 2020.

DIXON, Rosalind. Female justices, feminism and the politics of judicial appointment: a re-examination. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 283, p. 1-38, Nov. 2009. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1120&context=public_law_and_legal_theory. Acesso em: 3 dez. 2020.

ERCAN, Selen A.; DRYZEK, John S. The reach of deliberative democracy. *Policy Studies*, [s. l.], v. 36, n. 3, p. 241-248, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1080/01442872.2015.1065969>.

ESSENTIALISM. In: CHANDLER, Daniel; MUNDAY, Rod. *A dictionary of media and communication*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011. (Oxford Paperback Reference).

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (ed.). *Constitutional justice, East and West: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 21-36. (Law and Philosophy Library, 62).

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. *e-cadernos CES*, [Coimbra], n. 24, p. 57-77, 2015. DOI: <https://doi.org/10.4000/eces.1968>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em: 3 dez. 2020.

GINSBURG, Ruth Bader. Remarks on women’s progress at the Bar and on the Bench for presentation at the American Sociological Association Annual Meeting, Montreal, August 11, 2006. *Harvard Journal of Law & Gender*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. [1-10], 2007.

GOMES, Juliana Cesario Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 855-876, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5326>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5326>. Acesso em: 3 dez. 2020.

HAIRE, Susan B.; MOYER, Laura P. *Diversity matters: judicial policy making in the U.S. Courts of Appeals*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2015. (Constitutionalism and Democracy).

HUNTER, Rosemary. Can feminist judges make a difference? In: SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Women in the judiciary*. London: Routledge, 2012. p. 6-35. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780203720028>.

IFILL, Sherrilyn A. Judging the judges: racial diversity, impartiality and representation on state trial courts. *Boston College Law Review*, [Newton], v. 39, n. 1, p. 95-149, 1998. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol39/iss1/3>. Acesso em: 3 dez. 2020.

JACOBI, Tonja; SCHWEERS, Dylan. Justice, interrupted: the effect of gender, ideology, and seniority at Supreme Court oral argument. *Virginia Law Review*, [Charlottesville], v. 103, n. 7, p. 1.379-1.496, Nov. 2017. Disponível em: https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/JacobiSchweers_Online.pdf. Acesso em: 3 dez. 2020.

KASTELLEK, Jonathan P. Racial diversity and judicial influence on appellate courts. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 57, n. 1, p. 167-183, Jan. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2012.00618.x>.

KENNEY, Sally J. *Gender and justice: why women in the judiciary really matter*. New York: Routledge, 2013. (Perspectives on Gender).

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing social inquiry: scientific inference in qualitative research*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.

MANSBRIDGE, Jane. Should blacks represent blacks and women represent women? A contingent “yes”. *The Journal of Politics*, Chicago, v. 61, n. 3, p. 628-657, Aug. 1999. DOI: <https://doi.org/10.2307/2647821>.

MARQUES JUNIOR, Gessé. Espaço, profissão e gênero: mobilidade e carreira entre juizes e juizas no estado de São Paulo. *Cadernos Pagu*, [Campinas], n. 43, p. 265-297, jan./jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400430265>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0265.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. (Oxford Constitutional Theory).

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [São Paulo], v. 35, n. 104, p. 1-21, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/3510402/2020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v35n104/0102-6909-rbcsoc-35-104-e3510402.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Ed. Unesp, 2013.

_____. Perspectivas sociais e dominação simbólica: a presença política das mulheres entre Iris Marion Young e Pierre Bourdieu. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 25-49, jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782010000200004>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31626>. Acesso em: 3 dez. 2020.

MOTOMURA, Marina. Por que há tão poucas mulheres na cúpula do judiciário? *UOL*, Brasília, DF, 8 mar. 2016. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/08/por-que-ha-tao-poucas-mulheres-na-cupula-do-judiciario.htm>. Acesso em: 3 dez. 2020.

NEUBAUER, David W.; MEINHOLD, Stephen S. *Judicial process: law, courts, and politics in the United States*. 7th ed. Boston, MA: Cengage Learning, 2017.

PERESIE, Jennifer L. Female judges matter: gender and collegial decisionmaking in the federal appellate courts. *Yale Law Journal*, [New Haven], v. 114, n. 7, p. 1.759-1.790, May 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol114/iss7/5>. Acesso em: 3 dez. 2020.

PHILLIPS, Anne. *The politics of presence: the political representation of gender, ethnicity, and race*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995. (Oxford Political Theory). DOI: <https://doi.org/10.1093/0198294158.001.0001>.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

RACKLEY, Erika. *Women, judging and the judiciary: from difference to diversity*. Abingdon, UK: Routledge, 2013.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. (John Dewey Essays in Philosophy, 4).

RHODE, Deborah L. Gender and the profession: the non-problem problem. *Hofstra Law Review*, [Hempstead], v. 30, n. 3, p. 1.001-1.013, 2002. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol30/iss3/16>. Acesso em: 3 dez. 2020.

_____. *The unfinished agenda: women and the legal profession*. Chicago: ABA Commission on Women in the Profession, 2001.

ROSANVALLON, Pierre. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Translated by Arthur Goldhammer. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2011.

SCHULTZ, Ulrike; SHAW, Gisela (ed.). *Gender and judging*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2013. (Oñati International Series in Law and Society).

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 557-584, Sept. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mot019>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>. Acesso em: 17 dez. 2020.

SORG, Leticia. Deixem a Cármen Lúcia – e todas as mulheres – falar. *Estadão*, [s. l.], 11 maio 2017. Disponível em: <https://emails.estadao.com.br/blogs/leticia-sorg/deixem-a-carmen-lucia-e-todas-as-mulheres-falar>. Acesso em: 3 dez. 2020.

WITT, Charlotte. What is gender essentialism? In: _____ (ed.). *Feminist metaphysics: explorations in the ontology of sex, gender and the self*. Dordrecht: Springer, 2011. p. 11-25. (Feminist Philosophy Collection). DOI: https://doi.org/10.1007/978-90-481-3783-1_2.

WALKER, Peter. Don't rush gender equality in UK judiciary, says Supreme Court judge. *The Guardian*, [s. l.], 22 Sept. 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/law/2015/sep/22/gender-equality-warning-uk-legal-profession-supreme-court-judge-jonathan-sumption>. Acesso em: 3 dez. 2020.

YOUNG, Iris Marion. Communication and the other: beyond deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996. p. 120-135. (Princeton Paperbacks).

_____. *Inclusion and democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2000. (Oxford Political Theory). DOI: <https://doi.org/10.1093/0198297556.001.0001>.

_____. *Justice and the politics of difference*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.