

A POSSIBILIDADE DE GESTANTE REMARCAR TESTE DE APTIDÃO FÍSICA: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - STF Nº 1058333/PR

THE POSSIBILITY OF PREGNANT RESCHEDULE PHYSICAL FITNESS TEST ANALYSIS OF EXTRAORDINARY RESOURCE - STF No 1058333/PR

Luiz Cariman Salazar 1
Merian Pereira da Silva 2
Douglas Verbicaro Soares 3

Resumo: Este artigo tem a intenção de discutir acesso ao concurso público de modo isonômico, considerando o fortalecimento do direito à gravidez pela mulher e a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física em certames que o exigem. Diante disso, observa-se que para um melhor esclarecimento e entendimento dessa temática, realizou-se uma pesquisa bibliográfica sobre as formas de acesso à concurso público e reflexões já pacificadas na doutrina e na jurisprudência a respeito do ingresso na Administração Pública por meio de concurso público e entendimentos sobre a possibilidade de flexibilização de previsão editalícia em favor do princípio da isonomia. Cabe ressaltar, que este artigo usou como fonte de referência a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de remarcação do teste de aptidão física para a mulher gestante em concurso público da Polícia Militar do estado do Paraná, objeto do Recurso Extraordinário nº 1058333/PR.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Igualdade. Isonomia. Gênero. Direito a Gravidez.

Abstract: This article intends to discuss access to the public tender in an isonomic way, considering the strengthening of the right to pregnancy by the woman and the possibility of remarking the physical fitness test in competitions that require it. Therefore, it is observed that for a better clarification and understanding of this theme, bibliographic research was conducted on the forms of access to public tender and reflections already pacified in the doctrine and jurisprudence regarding the entry into public administration through public tender and understandings about the possibility of flexibilization of edict prediction in favor of the principle of isonomy. It is noteworthy that this article used as a source of reference the decision given by the plenary of the Supreme Court on the possibility of remarking the physical fitness test for pregnant women in a public tender of the Military Police of the state of Paraná, object of Extraordinary Appeal No. 1058333/PR.

Keywords: Human Rights. Equality. Isonomy. Gender. Right to Pregnancy.

-
- 1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2823257716765519>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3248-1265>. E-mail: salazar.lcs@gmail.com
 - 2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Roraima. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3571355741126088>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1685-5375>. E-mail: meryanrr@gmail.com
 - 3 Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito em Passado e Presente dos Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Mestre em Direito em Estudos Interdisciplinares de Gênero e Políticas de Igualdade pela Universidade de Salamanca (Espanha). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor adjunto no Curso de Direito e no programa de pós-graduação em Sociedade e Fronteiras (PPGSOF - UFRR). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0323318580034437>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9242-9124>. E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

Introdução

A igualdade de gênero está entre um dos assuntos mais discutidos na sociedade e no mundo acadêmico nos últimos anos. De fato, os questionamentos sobre a desigualdade que sobreviveram ao longo dos anos, em especial sobre as mulheres tornaram possível uma mudança de paradigma e possibilitaram o alcance de diversos direitos para as mulheres.

Sem dúvida, uma das áreas em que se manifestou e se manifesta essa desigualdade é no mercado de trabalho e no setor público. Neste último, aqueles que atuam como agentes públicos precisam passar por um concurso público que seleciona os mais aptos ao cargo público, sendo que para isso são realizadas etapas, entre elas as provas, teste psicotécnicos e testes de aptidão física.

Os testes de aptidão física são necessários em especial para os cargos que exigem do servidor público que tenha as condições físicas compatíveis com o dia a dia do trabalho e suas atividades, que é o caso das atividades que envolvem segurança pública seja no âmbito dos estados, dos municípios ou da união, como é o caso da Polícia Militar, Polícia Civil, Polícia Penal, Polícia Rodoviária Federal dentre outros.

Ocorre que, estes testes de aptidão física ocorrem com data marcada de acordo com o edital, que em geral, estabelecem que essa data não será modificada e que aqueles que estiverem impossibilitados de participar dessa etapa do certame serão eliminados. Entretanto, o acesso ao concurso não pode fazer distinção entre os candidatos podendo se inscrever homens e mulheres. Diante disso, surge um questionamento quanto a possibilidade de candidatas que estejam grávidas na época do teste físico o fazerem em data posterior.

De fato, estando a mulher grávida é incompatível que esta realize grandes esforços físicos que poderão prejudicar tanto a sua saúde física como a do nascituro. Ademais, levanta-se o questionamento de que a exclusão desta candidata por não poder participar não explicita clara violação ao princípio da isonomia, visto que no caso de candidatos do sexo masculino não estariam naturalmente suscetíveis a essa possibilidade e, portanto, estariam em vantagem.

Considerando tais aspectos o objeto de estudo deste artigo é uma análise do instituto do concurso em específico da possibilidade de remarcação do teste de aptidão física que estão grávidas. Toma-se como base deste estudo uma análise do Recurso Extraordinário 1.058.333 do Superior Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux. Ademais, utilizou-se a metodologia por meio de pesquisa do tipo bibliográfica documental de cunho exploratório em livros, artigos e periódicos disponibilizados na internet.

O concurso público na administração pública

A Administração Pública para exercer suas atividades de forma a alcançar as necessidades e interesses da coletividade utiliza-se dos chamados agentes públicos, pessoas que atuam de forma direta ou indireta com a coisa pública. Conforme Helly Lopes Meireles (2016) os agentes públicos são as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente do exercício da função estatal, mas, os agentes públicos são o gênero que se reparte em: agentes políticos, agentes honoríficos, agentes delegados e credenciados e agentes administrativos.

Os agentes administrativos que “todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem” (Meireles, 2016, p. 86). Assim, aqueles que recebem uma retribuição pecuniária e em regra são nomeados para o cargo, são os servidores públicos sujeitos à administração pública na qual desempenham suas funções.

O concurso público é o meio utilizado pela administração para contratar agentes públicos específicos para desempenhar competências administrativas no serviço público. Está previsto na carta magna de 1988, a qual define que a investidura em cargo público se dará mediante prévia aprovação em concurso público, seja para a administração direta, indireta ou fundacional. Esta previsão legal está no artigo 37, II da Constituição Federal:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (Brasil, 1988).

Por meio do concurso público é possível se alcançar a investidura, isto é, ato ou procedimento legal que estabelece o vínculo do agente público com o Estado (Meyeres, 2016). Assim é um procedimento administrativo que seleciona os melhores candidatos para os cargos públicos. Hely Lopes Meyeres, assim define:

É o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF (Meyeres, 2016, p. 542).

Assim, como bem explicado pelo autor é o meio pelo qual, seguindo critérios preestabelecidos, seleciona-se os aptos a exercer o cargo de acordo com a complexidade dele decorrente. O caput do art. 37 prevê, ainda, os princípios que devem ser aplicados pela administração pública que são o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Destacável é ainda que, o art. 37, II, é clara referência ao princípio da igualdade e impessoalidade, pois, ao definir que o acesso ao cargo público depende de concurso público define que todos podem disputar o acesso em igualdade de condição sem distinção alguma, dessa forma fica estabelecido o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos e a aos estrangeiros na forma da lei conforme leciona o Art. 37, I da Constituição Federal (Mello, 2015).

Mas a constituição prevê exceções que são os casos previstos nos incisos II, IX, do art. 37, para os casos de cargo em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração e contratação por tempo determinado para necessidade temporária de interesse público. A Constituição Federal prevê ainda a inexistência para investidura do quinto constitucional dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Contas, Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e territórios, assim como dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal Federal.

O edital do concurso público

O concurso público possui uma fase interna que diz respeito entre outras ações a própria Administração definir sua necessidade de concurso para preenchimento de cargos, bem como os impactos orçamentários e a comissão organizadora. E a fase externa se inicia com a publicação do edital.

O edital é o ato administrativo mais importante que fixa as regras, que, de acordo com o princípio da vinculação ao edital, serão de observância obrigatória, devendo estar necessariamente de acordo com a Constituição Federal e as normas legais (Meyeres, 2016). O edital deve estabelecer:

Os cargos, suas atribuições, a escolaridade mínima e demais exigências legais para o exercício, valor da remuneração, indicação do valor atribuído a cada questão, reserva de vagas a portadores de deficiência, datas e locais de realização das provas ou indicação do modo como os inscritos futuramente terão ciência de tais dados, indicação do conteúdo das provas e de conteúdo programático compatível com as atribuições do cargo e exigível à data da publicação do edital e prazo de validade do concurso, bem como sua prorrogabilidade ou não (Sousa, 2011, p. 91 *apud* Gasparini, 2005).

Assim o edital vai disciplinar detalhadamente cada fase do certame. Dessa forma, a realização das provas é dividida em fases, e de acordo com o artigo 39, §3 é permitido a adoção de critério de admissão de acordo com o cargo. E, em razão disto, os cargos que exigem mais vigor físico dos indivíduos que irão ocupá-lo exigem uma etapa a mais além das provas objetivas e dissertativas, que é o teste de aptidão física.

Essa fase consiste no candidato ou candidata demonstrar que têm as condições físicas mínimas para o desempenho das atividades, essa exigência é especialmente comum em cargos de segurança pública, que, como é de saber comum, exige que o agente tenha bom preparo físico (Gusella *et al.*, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que em concurso público o teste de aptidão física somente pode ser exigido quando houver previsão na lei que criou o cargo e no edital, sendo vedado ao edital do certame limitar ou alargar a previsão legal das exigências, *in verbis*:

Processual civil e administrativo. concurso público. vinculação do ato administrativo ao princípio da legalidade. caso em que se autoriza o poder judiciário a examinar o edital de processo seletivo. teste de capacidade física. ausência de previsão em lei específica. ilegalidade da exigência no edital. precedentes do stj. 1. é firme o entendimento do stj de que, em concurso público, o teste de capacidade física somente pode ser exigido se houver previsão na lei que criou o cargo, sendo vedado ao edital do certame limitar o que a lei não restringiu ou alargar o rol de exigências, especialmente para incluir requisito que não consta da lei. precedentes: resp. 1.351.480/ba, rel. min. eliana calmon, dje 26.6.2013, agrg no rms 26.379/sc, rel. min. og fernandes, dje 2.5.2013, agrg no resp. 1.150.082/df, rel. min. marco aurélio bellizze, dje 2.10.2012. 2. no caso dos autos, não basta estar previsto na portaria 46 de 6.8.2014, é necessário constar na lei e no edital a exigência de teste de aptidão física para o cargo de segurança institucional de transportes. 3. embargos de declaração providos com efeito infringente. (edcl no resp 1665082/df, rel. ministro herman benjamin, segunda turma, julgado em 03/10/2017, dje 11/10/2017).

Diante dessa possibilidade, surge a dúvida quanto a realização dos testes por candidatas que à época dos testes estavam grávidas. De fato, tal questionamento foi por muitos anos debatido nos tribunais e na jurisprudência, e é de extrema importância levando em conta a necessidade de ser um ponto para estabelecer a igualdade entre os candidatos e a igualdade de gênero.

Relevante é esse tema tendo em vista que em muitos casos as candidatas precisam entrar com mandado de segurança para tentar remarcar o teste de aptidão física. Um dos casos é o analisado neste artigo oriundo do concurso público para preenchimento de vagas de soldado policial militar do Estado do Paraná.

O Edital n.º 1107/2012, era para os cargos de policial militar e bombeiro militar. Quanto a fase do certame estabeleceu as seguintes: a) PROVA DE CONHECIMENTOS; b) EXAME DE CAPACIDADE FÍSICA, c) EXAME DE SANIDADE FÍSICA; d) AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA e) PESQUISA SOCIAL E DOCUMENTAL.

No item 15 do Edital, tratando do exame de capacidade física estabeleceu que os classificados na prova de conhecimento seriam convocados para a realização do teste em data, horário e local estabelecidos no edital de convocação e que deveriam apresentar atestado médico comprovando que estavam aptos fisicamente para fazer o teste. Já o item 15.6 determinou que “Não será marcada nova data para a realização do TSF para candidatos impossibilitados, mesmo que temporariamente, para a sua realização” (Edital n.º 1107/2012).

Diante de tais critérios visando assegurar a sua continuidade nas etapas seguintes do certame, uma candidata grávida impetrou com mandado de segurança para que pudesse realizar o teste em data posterior, de modo que o juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública concedeu a segurança para que a candidata procedesse com realização do teste em data posterior (RE 1058333 / PR, STF).

A possibilidade de remarcação do teste de aptidão física por candidata grávida análise dos pontos chaves do processo

É de entendimento da sociedade a gravidez constitui um direito constitucional fundamental, portanto, este direito deve ser protegido diante da atuação estatal como os demais direitos constitucionais. Considerando isto, o objeto deste tópico é versar sobre o ordenamento jurídico brasileiro e a sua proteção no direito brasileiro, assim como as consequências no âmbito trabalhista e social.

O ordenamento jurídico e a proteção a maternidade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, estabelece em diversos artigos a proteção à gestante e ao planejamento familiar, como se observa:

- No artigo 1º, III, tem-se que a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental;
- No artigo 3º, IV, expressa que constituem um objetivo fundamental de nosso país a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
- No artigo 5º, caput, prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- No artigo 6º, assevera-se, como direito social a proteção à maternidade e à infância;
- No artigo 226, § 7º, prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado oportunizar meios educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedado qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ademais, conforme Gonet Branco (2012, p. 203), o avanço que o Direito Constitucional apresenta hoje é resultado da afirmação dos direitos fundamentais como um núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima.

Assim, pode-se afirmar que, o direito à gravidez encontra garantia constitucional e em diversos pontos elencados da constituição e outros dispositivos normativos, e nessa visão, a proteção à gestante e o direito a gravidez embasam o pensamento da necessidade de proteção de todos os direitos fundamentais.

Análise dos pontos a favor no recurso extraordinário 1.058.333

Sabe-se que o concurso público é um procedimento legal de acesso a cargos na Administração Pública dos entes federativos, com previsão constitucional e surge com uma concepção de Estado burocrático. Este modelo de gestão estatal origina-se como um meio de superação do Estado patrimonialista, vinculado à monarquia e a ideia de que não há divisão clara entre os bens do setor público e o privado.

Outrossim, cabe salientar, que a ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nossa constituição, como se observa no art. 37, I, CF/88, como corolário do princípio da isonomia, da participação política e o da eficiência administrativa, *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei [...].

Assim, com base na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990¹, pode-se inferir que o concurso público surge como uma forma de superação e normatização moral para integrar o Poder Público, corroborando o pensamento de Estado burocrático que estabelece os procedimentos para o acesso ao cargo público por critérios objetivos, com exigências de conhecimento técnico, sem subjetivismos ou conchavos para o ingresso na Administração Pública.

Segundo Gabriel Cláudio Sampaio e Thayná Façanha Assunção (2020)², asseveram que:

Apesar da relevância do concurso público como mecanismo de superação de práticas inadequadas a ideia de Estado impessoal, atualmente é possível identificar críticas quanto à rigidez que tal regramento deste dá ao dinamismo que as demandas da sociedade exigem, no sentido de dificultar a contratação pela Administração Pública para atender demandas eminentes, assim como a estabilidade prevista para o detentor de cargo público, de modo a dificultar exigir uma atuação eficiente deste assim como possibilitar a demissão com base na ineficiência.

Diante dessa ideia, pode-se afirmar que a crítica realizada sobre a eficiência se embasa na perspectiva de que permitiu o início dos certames públicos, na concepção de Estado burocrático e no exagero de formalismo que rege a realização de concurso, quanto no final, com relação a atuação do agente público, que mais se preocuparia em analisar e verificar o atendimento aos diversos atos normativos e/ou regulamentos do que atender os interesses da sociedade.

De acordo com o entendimento de Sampaio e Assunção (2020), dissertam que sob essa ótica, ainda com tais críticas, é inegável a contribuição de tal mecanismo de acesso a cargos públicos para superar vícios antes existentes na forma de atuação estatal quanto ao acesso aos cargos públicos, de modo que se revela fundamental a sua manutenção.

Cabe ressaltar, com fulcro nos dados de Sampaio e Assunção (2020) a importância de registrar que é fundamento do concurso público o entendimento de se ter a igualdade entre os participantes do certame para evitar favorecimentos, garantindo-se o Princípio da Isonomia em seu sentido formal, porém, com a complexidade existente na sociedade, busca-se criar mecanismos que evitem instituição de flagrante desigualdades na concorrência do concurso público, pois deve-se garantir a Isonomia em seu sentido material.

Com base no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.058.33, manejado pelo Estado do Paraná, com arrimo no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CF/88, que tinha como recorrida a Sra. Eveline Bonfim Fenilli Spinola, foi julgado em novembro de 2018, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O RE visava a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que permitiu que a Sra. Eveline Spinola, candidata gestante, realizasse teste de aptidão física (TAF), do concurso da Polícia Militar do Paraná, em data posterior àquela prevista edital a ser observada no certame público, que assentou in *verbis*:

1 Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

2 Autores do artigo a mulher gestante e o direito de acesso ao concurso público.

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIADO N.º 40 DAS 4ª. E 5ª. CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO (Fls. 27- 28).

No julgamento, o STF analisou os argumentos controversos entre a eficiência, impessoalidade e isonomia na atuação da Administração Pública e a proteção a gestante, com o objetivo de evitar qualquer forma de discriminação.

Analisados os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, sustentou-se que a Administração Pública se rege pela lógica da eficiência, de modo que a redefinição de data para novo exame implicaria em ônus para o Poder Público, em razão de que este precisaria promover gastos superiores ao planejado, além de outras situações adversas que poderiam surgir com a nova realização de chamada para exame.

Além disso, indicou-se que o princípio da isonomia, no caso em estudo, não estaria sendo violado, pois o Estado não poderia designar outra data para execução do teste de avaliação que se adequasse às particularidades das gestantes.

O Estado alegou ainda, que a situação de gravidez se trata de circunstância previsível, de certo que caberia a mulher, que quer prestar concurso público, programar-se para o certame.

Neste sentido, a Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, afirmou que:

O ordenamento jurídico busca dar concretude ao princípio constitucional da igualdade, com dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, que na sua ótica material consolida a ideia de que aqueles em situações desiguais devem ser tratados de modo desigual, sem configurar discriminação desarrazoada. Observado tal sentido quanto à mulher, devem ser assegurados direitos de modo a superar a desigualdade de gênero historicamente imposta na sociedade, como em caso de gravidez, pois tal situação é somente possível ao sexo feminino.

Os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República, Raquel Dodge, quanto à possibilidade de remarcação do teste de aptidão física para a mulher gestante, é relevante destacar ainda que a lógica da isonomia se faz necessária ao caso em questão, como já indicado pela PGR, observado que poderia por causa de uma característica biológica da mulher, perpetuar uma disparidade de acesso ao mercado de trabalho justamente no ambiente que deveria promover a superação das desigualdades, qual seja, a Administração Pública.

Neste diapasão, ressalta-se, que o objetivo de se estabelecer situações de equidade quanto ao ingresso na Administração Direta e Indireta já é verificável no ordenamento jurídico, como se observa no caso de cotas para pessoas portadoras de deficiência, estabelecido no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União no seu art. 5º, § 2º, a seguir:

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: [...]

§ 2o Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Diante disso, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício da atividade judicante, criar posicionamento que perpetuasse uma situação de desigualdade, principalmente por questão puramente de natureza biológica, observando-se o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio constitucional da Isonomia.

Em sequência, pode-se afirmar que, por se entender que o tema constitucional versado neste RE é extremamente relevante do ponto de vista político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa e submetido ao Plenário Virtual (Tema 973). Por unanimidade, a repercussão geral do tema constitucional foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. CANDIDATA GESTANTE. DIREITO À REMARCAÇÃO SEM PREVISÃO EDITALÍCIA. TEMA 335 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 630.733. INAPLICABILIDADE. DIREITO À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E À LIBERDADE REPRODUTIVA. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA NO CONCURSO PÚBLICO. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 1.058.333 RG, Relator Min. Luiz Fux, Dje 10/11/2017).

Pode-se afirmar que a decisão do STF sobre este tema marcou um grande avanço para os direitos das mulheres, em observância de princípios como igualdade, isonomia, direito à maternidade, eficiência administrativa, dentre outros no âmbito do direito interno e externo. Da decisão do RE 1.058.333/PR, fixou-se a 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”.

Por fim, ocorre, porém, que no caso de gravidez entendeu o plenário do STF que se trata de situação que abrange pessoas para além da candidata, além de que tal impedimento tem caráter de gênero, o qual constituiria grave perpetuação de desigualdade no caso de impedir a remarcação do teste para gestante.

Aspectos que dificultam o acesso da gestante na realização de teste físico em concursos públicos

Hodiernamente sabe-se que a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres são dimensões fundamentais para o desenvolvimento humano, pois ainda existem desigualdade na diferença de gênero, tanto em capacidades quanto em oportunidades e a evolução da busca pela paridade mostra-se lenta para concretizar o potencial dessa parte da humanidade.

Sabe-se que em 2015, em reunião histórica ocorrida em Nova Iorque, diversos líderes mundiais se comprometeram em encerrar a discriminação contra mulheres até 2030 e anunciaram concretas medidas para possibilitar rápidas mudanças, demonstrando a relevância do tema no cenário mundial.

Além disso, observa-se o princípio constitucional da isonomia, na sua ótica material, quando afirma que se deve tratar os desiguais de modo desigual na medida de sua desigualdade, garantindo assim a plena concorrência de todos os participantes do concurso público.

Portanto, é de suma importância que o Poder Público não permita a estimulação de tal fator social ainda tão grave na convivência comunitária, sendo a decisão de que é isonômica a não exclusão da mulher por gravidez em caso de teste físico em concurso público, um meio eficiente de valorizar o gênero a inserção do trabalho.

Nesse sentido, o direito a gravidez constitui direito fundamental, devendo este ser protegido

diante da atuação estatal, de modo a se compatibilizar com os demais direitos constitucionais.

Em novembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário de número 1058333/PR, Estado do Paraná x Eveline Bonfim Fenilli Spinola, que visava a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que permitiu que candidata gestante realizasse teste de aptidão física, do concurso da Polícia Militar do Paraná, em data posterior àquela prevista no edital a ser observada no certame público.

Na oportunidade, no julgamento do RE 1058333/PR, a Suprema Corte analisou os argumentos conflitantes entre a eficiência, impessoalidade e isonomia na atuação da Administração Pública e a proteção à gestante juntamente com a busca pela eliminação de qualquer forma de discriminação.

Além disso, o argumento da desigualdade de gênero como ponto do debate se faz presente e relevante ao caso, observado que no caso de candidatura do sexo masculino ao cargo, não haveria de se falar em óbice à realização do teste em razão de gravidez da companheira. Nessa ótica, a sociedade ainda busca superar suas problemáticas de disparidade de tratamento entre gêneros nos diversos setores e ao Estado caberia assumir papel relevante para promoção da igualdade de gênero, de modo que sendo possível estabelecer um tratamento equânime entre os candidatos, consideradas as particularidades dos sexos, deveria ser o comportamento natural dos integrantes do Poder Público.

Neste cenário, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegure um tratamento diferenciado. O direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia a incorporação da perspectiva de gênero, isto é., repensar, revisitar e conceptualizar os direitos humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal (Piovesan, 2006, p. 206).

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direito, é coisa recente, e está longe de se esgotar suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos.

Para Afonso da Silva (2005, p. 149) mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividiu entre proprietários e não proprietários.

Mesmo atualmente, percebe-se ainda, que editais de concursos indicam a impossibilidade de remarcação de teste físico, por qualquer motivo, de modo que isso afastaria o caráter discriminatório da não remarcação. Desconsiderando desta forma, que a gravidez é, na maioria das vezes, um projeto da família, sendo, então, incompatível com a inscrição para concurso de policial militar mulher que já sabe que poderá ficar em tal situação biológica.

A CF/88 afiança que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e o bem de todos, sem preconceitos e outras formas de discriminação é um dos objetivos da República. Os direitos e garantias fundamentais asseguram que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, além da inviolabilidade da vida privada.

Num regime democrático onde prevalece o estado de direito, a isonomia tem que ser constitucionalmente garantida para que possa se tratar as situações semelhantes de maneira semelhante.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, entendeu que a discriminação de gênero para participação em concurso público é ato que fere o princípio da isonomia.

Finalmente, com esse entendimento do STF, a mulher gestante teve a consolidação de princípios que garante a dignidade da pessoa humana, pois está evidente uma conquista de gênero que, de certa forma, o “teto de vidro” não permite a concretização absoluta de uma garantia constitucional e da Declaração dos Direitos Humanos.

A decisão do RE e a importância diante das questões de gênero

Para Eunice Moraes (2010, p. 83) a Constituição brasileira rejeita qualquer forma de discriminação ao proclamar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

sendo invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Assim, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou outros quaisquer.

Esses direitos estão regulados pelo Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, com destaque para o art. 373-A, que veda, dentre outros: publicar anúncio de emprego Igualdade de Gênero e Raça no Trabalho: avanços e desafios no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; e impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos públicos e em empresas privadas por esses mesmos motivos.

No âmbito internacional, segundo Eunice Moraes (2010, p. 88) o Brasil assumiu vários compromissos, dentre os quais se destaca a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação (1958), ratificada em 1968 pelo governo brasileiro.

Essa Convenção considera discriminação toda distinção, exclusão ou preferência fundada em diversos aspectos, inclusive sexo, que tenham por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Já a Convenção nº 100, sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadoras por trabalho de igual valor também da OIT (1951) e ratificada pelo Brasil em 1957, prevê que os parâmetros de remuneração sejam estabelecidos sem levar em conta o sexo do trabalhador.

Além disso, exige-se que homens e mulheres sejam igualmente remunerados por trabalho de igual valor, e não simplesmente pelo mesmo trabalho ou similar. A inobservância das Convenções citadas contribui para a perpetuação do processo de discriminação, uma vez que indivíduos pretos, pardos ou do sexo feminino têm remuneração menor por trabalho igual, não conseguem ascender (ou têm dificuldades para isso), não são contratados para cargos ou setores de maior prestígio e têm maior probabilidade de ficar desempregados.

As desigualdades de gênero existentes na sociedade, mesmo entre aqueles que não são hipossuficientes, demandam ações efetivas para que possam ser superadas. Isso implica na necessidade de construir a igualdade não apenas no mercado de trabalho, mas também em outras esferas como serviços, equipamentos e políticas públicas. Implica também que os atores sociais privados realinham seus procedimentos e prioridades na busca dessa igualdade.

No entendimento de Lilian Marques e Solange Sanches (2010, p. 51) o mercado de trabalho brasileiro vem experimentando mudanças substanciais nos últimos anos, que têm como principal característica a inversão de alguns dos indicadores que mostravam desempenho negativo em períodos anteriores. O acompanhamento dessas novas tendências é ferramenta essencial para a discussão das políticas de emprego no país, de forma que essas possam efetivamente promover a igualdade de gênero.

Nas últimas décadas, entre as transformações mais significativas ocorridas no país estão a participação definitiva e crescente das mulheres na busca de oportunidades profissionais e a intensificação da discussão sobre a desigualdade racial.

No Brasil, as discriminações associadas à estão na matriz das desigualdades, contribuindo para a permanência da pobreza e da exclusão social. Foram produzidas historicamente e são reproduzidas cotidianamente no mercado de trabalho e na sociedade.

Assevera Eunice Moraes (2010, p. 84), que construção de uma sociedade justa, igualitária, com vista à cidadania de homens e mulheres, passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento das diferenças e das diversidades, bem como pela rejeição de mecanismos discriminatórios em qualquer âmbito ou nível.

Embora as desigualdades entre homens e mulheres sejam construídas na esfera social, há uma forte ideologia cuja intenção é fazer crer que a divisão dos papéis entre eles é naturalmente determinada pela condição biológica. A igualdade, no entanto, refere-se, fundamentalmente, à igualdade de direitos, de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres em todas as dimensões da vida humana (Moraes, 2010, P. 84).

Apesar de tanto homens quanto mulheres exercerem atividades na esfera da produção e da reprodução, no âmbito público e no privado, governamental e comunitário, as atividades domésticas e familiares são sempre associadas às mulheres. Um dos resultados dessa divisão é que, em todo o mundo, as mulheres têm um dia de trabalho mais longo que o dos homens (CF. Oakley [1972] *apud* Moraes, 2005, p.14).

O conceito de gênero é utilizado como ferramenta política e sociológica de análise das relações entre os sexos, considerando-se que é no campo social que as relações sociais de gênero são construídas.

Em consequência do mito das “aptidões naturais” das mulheres - paciência, docilidade, habilidade manual -, a inserção da mulher no processo de produção acontece, frequentemente, em situação de desvantagem. A discriminação serve para justificar a exploração que sofre nos ambientes de trabalho, muitas vezes inseguros e insalubres, desprovidos até de instalações mínimas para a satisfação das necessidades elementares.

A situação de desigualdade das mulheres manifesta-se de formas variadas: ocupação dos postos mais baixos da escala salarial, com maior grau de precarização; remuneração desigual em ocupações de igual categoria; discriminação na admissão, promoção e qualificação. Soma-se a isso o fato de que as mulheres têm que aprender a conciliar o emprego com as responsabilidades familiares, enfrentando assim uma dupla ou tripla jornada de trabalho. Apesar de as mulheres terem sido incorporadas às novas atividades produtivas, as relações de poder entre mulheres e homens nesses espaços não têm sido muito discutidas.

Entretanto, pode-se afirmar que, atualmente, a questão de gênero é vista sob um novo enfoque e tem estado presente no debate sobre a dimensão política do Estado. A estratégia usada para demonstrar a desigualdade de gênero e, principalmente, a exclusão da mulher de vários processos na sociedade é, hoje, vitoriosa.

Porém, continua na pauta de reivindicações dos movimentos de mulheres a luta pela construção da cidadania plena de homens e mulheres e pela conquista de direitos iguais. Têm surgido também outros desafios decorrentes do avanço da globalização dos mercados, do neoliberalismo e do papel do Estado no desenvolvimento de políticas de bem-estar social.

Estudo acerca da promoção da igualdade de gênero e de sua relação com o trabalho mostra que é extremamente necessária e produtiva a mobilização tanto do governo quanto da sociedade civil para a construção de políticas públicas. A inclusão social, a redução das desigualdades sociais e regionais e a cidadania plena e ativa das pessoas, sem qualquer discriminação, são tarefas complexas. Requerem a reunião de esforços institucionais de governos, representações de trabalhadores(as) e empregadores(as) e de organismos da sociedade civil. Isso deve ocorrer em bases sociais democráticas, transparentes, participativas, representativas, solidárias, envolvendo o diálogo social.

Somente assim será possível propiciar a criação de instrumentos efetivos de intervenção e construção social de políticas que promovam, garantam e ampliem os direitos sociais universais e fundamentais do ser humano, em especial das mulheres, integrando-as a um projeto estratégico de desenvolvimento econômico e social sustentável.

Considerações finais

Conforme considerado neste artigo a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento no julgamento do recurso extraordinário 1058333 do Paraná foi a seguinte: “É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata aprovada nas provas escritas que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público”. Essa tese aclarou qualquer dúvida ou questionamento abordando a possibilidade de remarcação de teste de aptidão física e, principalmente, é um grande passo para o tratamento mais igualitário entre homens e mulheres.

De fato, possibilitar que a candidata, após superar o estado de gravidez, possa fazer o teste físico é garantir isonomia ao acesso ao cargo público, é permitir que ela possa comprovar que possui condições e aptidão física para o cargo. Assim como, é expresso cumprimento da ampla

acessibilidade aos cargos e funções públicas conforme já assegurado na Constituição Federal de 1988 (art. 37, I).

Além disso, é um direito à saúde, pois protege a vida da gestante e do bebê, em razão de que esforços físicos poderiam colocar em risco a vida de ambos, é também garantia do cumprimento da previsão constitucional de que nem instituições privadas, nem públicas devem pôr obstáculos ao planejamento familiar (art. 226, §7, CF/1988).

Assim, a falta de previsão no edital sobre a remarcação do teste ou ainda a previsão de impossibilidade de remarcação não impede que este possa ser remarcado pela gestante, já que não se pode violar princípios constitucionais incluindo o da isonomia e igualdade.

Como bem salientado pelo ministro Luiz Fux, relator do recurso, a constituição brasileira é um marco contra a discriminação de gênero nos aspectos laborais e a familiar, assim como acompanha os avanços internacionais sobre tema. Ressaltando-se ser de preocupação se estabelecer a igualdade material entre homens e mulheres em sua escolha profissional e combater as injustiças baseadas em discriminação de gênero.

Ver-se desse modo que, a análise deste assunto é de importância social para que se possa observar e entender que é possível minimizar a desigualdade de gênero e propiciar acesso mais isonômico ao serviço público. A remarcação do teste é um direito que promove a igualdade de gênero, a liberdade reprodutiva da mulher e lhe assegura o alcance de seus objetivos pessoais e profissionais.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil** (1988). Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União. **Lei nº 8.112 de 11 de Dezembro de 1990**. Senado Federal, 18 de abril de 1991. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Concurso Público/edital | exame de saúde e/ou aptidão física. Recurso Extraordinário nº 1058333/PR**. Recte. Proc.: Estado do Paraná, Recdo.: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Luiz Fux. Brasília, 23 de novembro de 2018.

GUSELLA, Gabriela Azeredo; ZAGANELLI, Margareth Vetis; NOGUEIRA, Pedro Lenno Rovetta. O direito da gestante de remarcar o teste de aptidão física em concursos públicos: uma análise doutrinária e jurisprudencial. **Humanidades e tecnologia (finom)**, v. 20, n. 1, p. 56-75, 2020. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1013. Acesso em: 24 out. 2023.

MARQUES, Lilian Arruda; SANCHES, Solange. **Desigualdades de Gênero e Raça no Mercado de Trabalho: tendências recentes**. ESMU: Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios. 1. ed. Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2010. Cap 1, p. 49-79.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Eunice Léa de. **A Política de Promoção da Igualdade de Gênero e a Relação com o Trabalho**. ESMU: Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios. 1ª. Ed. Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2010. Cap 2, p. 81-100.

MORAES, Eunice Léa de; GASSEN, Gladis Vera. **A transversalização das questões de gênero e raça nas ações de qualificação social e profissional. Mercado de Trabalho, conjuntura e análise**. Brasília: TEM; IPEA, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas**. ESMPU: A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho. 1. ed. Brasília: ESMPU, 2006. Cap. 12, p. 205-212.

SOUSA, Alice Ribeiro de *et al.* **O processo administrativo do concurso público**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13186>. Acesso em: 24 out. 2023.

Recebido em 11 de junho de 2023.

Aceito em 25 de agosto de 2023.