

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

MARCOS LEITE GARCIA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Marcos Leite Garcia; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-404-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Esta obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do IV Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021.

De fato, este é mais um evento realizado na modalidade virtual, que não pode ser realizado de forma presencial, por razões de segurança sanitária, em decorrência da pandemia do COVID-19, registrando-se que o Brasil enfrenta uma crise na área de Saúde, sem precedentes, sendo certo que na data da redação da presente (23/11/2021), o país contabiliza 613.123 mortes e 22,3136 milhão de casos de pessoas infectadas com coronavírus.

Entretanto, mesmo diante da gravidade dos fatos, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que exibia palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações de exibição, alterações ou o formato e as edições já usadas durante os eventos presenciais, com o emprego da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direitos e Garantias Fundamentais II e pela organização desta obra.

Assim, no dia 10 de novembro de 2021, vinte artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

O primeiro artigo intitulado “Povos indígenas: um comparativo entre a Constituição Federal do Brasil de 1988 e a Constituição do Equador de 2008”, de Débora Zanini Ghellere, trata

dos textos constitucionais do Brasil e do Equador, no que tange a proteção dos povos originários.

Em seguida, Maria Cristina Teixeira e Flavia Piva Almeida Leite, no artigo “O financiamento da educação na Constituição de 1988 – A Emenda Constitucional 108/2020” visa sistematizar e analisar o financiamento da educação na Constituição de 1988, promovendo uma reflexão que considere os aspectos históricos, econômicos e sociais de cada período e os impactos que as alterações realizadas pelas Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006, 59/2009 e, especialmente a 108/2020, produziram em sua realização.

Depois, em “O reconhecimento do direito de estar triste e a proteção da integridade psíquica do ser humano na perspectiva dos direitos da personalidade”, de Lidiane Moura Lopes e Maria Vital Da Rocha se propõe a examinar o direito de estar triste, em contraposição à realização da felicidade como meio de alcançar a dignidade humana, por meio de um diálogo com a psicologia, a psiquiatria e com fulcro nos direitos da personalidade e análise de alguns julgados dos tribunais brasileiros.

Ato contínuo, no artigo “Direito, Sustentabilidade e Violência nas favelas da Maré: um direito fundamental à segurança pública em aglomerados”, Pedro José de Campos Garcia, Jádna Cristina Germânio de Souza Ferreira e Tiago Batista Leal se dedicam a estudar a violência no complexo da Maré, no Município do Rio de Janeiro, que afeta a saúde mental daquela população, bem como a sustentabilidade e o direito fundamental à segurança pública.

Logo depois, em “Direito fundamental à vida e projeto necropolítico da modernidade: as respostas do constitucionalismo latino-americano”, Lara Ferreira Lorenzoni examina o conceito de necropolítica, buscando compreender o direito à vida na modernidade, em especial nas regiões coloniais.

O sexto artigo intitulado “A privacidade na era digital sob a égide da LGPD, de Lucas Gonçalves da Silva e Jefison De Andrade Das Chagas, se dedica a examinar e identificar os reflexos da LGPD no direito à privacidade, apontando os reflexos positivos da nova legislação, dentre os quais se encontram: o fortalecimento do controle, por parte dos usuários, dos seus próprios dados, uma maior segurança jurídica aos usuários, a previsão de sanções e o direito à reparação em caso de violação.

Depois, Ana Débora Rocha Sales, Marcella Mourão de Brito e Alexandre Antônio Bruno da Silva, no artigo “O Princípio da Vedação ao Retrocesso na reforma da Previdência no Brasil trata sobre reforma da previdência e o princípio da reserva do possível, que age como uma

limitação aos direitos sociais, levando em consideração os recursos disponíveis pelo Estado, enfatizando o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso.

No artigo denominado “A violência sexual e física sofrida pelas mulheres em situação de rua no Brasil e a proteção do direito fundamental da dignidade humana”, Bruna Nogueira Guimarães Tibo e Jessica Teodoro Xavier abordam a violência contra a mulher em situação de rua e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, Eliana Cristina dos Santos Farcic e Edmundo Alves de Oliveira, no artigo “Brasil, mapa da violência e intolerância religiosa. educação e ensino cultural sob a égide da Constituição Federal e da BNCC” analisam os dados do Disque 100 mapeando conflitos, resultados quantitativos diante da Constituição Federal e do texto base da BNCC, em busca de novos caminhos para a construção de uma sociedade equilibrada, pacífica e religiosamente respeitosa.

No décimo artigo “Direito a saúde e pandemia: o impacto econômico e social do coronavírus no Brasil”, Almir Gallassi destaca a omissão do Estado brasileiro contribuiu para o grande número de mortes proveniente do novo Coronavírus e as medidas efetivas no combate à pandemia da Covid-19, no que se refere à prestação de serviços essenciais para a preservação e manutenção da vida.

A seguir, Diones Cristian Melha e Guilherme Dill, no artigo “A proporcionalidade e o garantismo penal no constitucionalismo brasileiro”, tratam da aplicabilidade do garantismo penal e sua constitucionalidade no sistema penal brasileiro, as suas transformações jurídicas democráticas, bem como a figura do garantismo penal, o princípio da proporcionalidade, o garantismo negativo e a vedação ao excesso e o garantismo positivo e a vedação à insuficiência.

Depois, Bruno Oliveira Falcão, no artigo “Do espaço da Constituição ao lugar do ensino: o direito fundamental à educação e a regulamentação do ensino domiciliar” estudam a adequação dos projetos de lei que regulamentam a educação domiciliar no Brasil ao direito à educação conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em especial os projetos de lei 3179/2012, 2401/2019 e 3262/2019 são examinados à luz dos marcos teóricos fixados anteriormente.

O décimo terceiro artigo, de Júlio César Laureano e Fabio Fernandes Neves Benfatti nominado “A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e os impactos nos serviços notariais e registrais brasileiros: uma análise a partir da proteção de valores e princípios

constitucionais”, se dedica a analisar a aplicação da LGPD aos serviços notariais e registrais brasileiros, tendo como escopo a proteção dos valores e princípios constitucionais.

Outrossim, Lucas Santos de Almeida, Felipe Rotta Marquette e Ana Maria Viola de Sousa, apresentam o artigo “Direitos Fundamentais: desrespeito ao trabalho, desemprego e pobreza no Brasil pandêmico, no qual examinam a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, no contexto das repercussões socioeconômicas da pandemia da covid-19 no Brasil, bem como a flexibilização dos direitos trabalhistas, insuficiência do benefício do Auxílio Emergencial, desrespeito dos direitos fundamentais dos trabalhadores e aumento exponencial do desemprego e da pobreza, diante da inexistência de planejamento econômico e de políticas públicas eficazes por parte do Poder Público.

O décimo quinto artigo, “Aspectos éticos e legais da prática do infanticídio nas tribos indígenas”, de Debora Morgana Cassiano e Marcus Geandré Nakano Ramiro estuda a situação da prática de infanticídios nas tribos indígenas assim como seus motivos e os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, assim como as noções de relativização cultural e universalismo dos direitos de personalidade.

Depois, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Patricia Juliana Marchi Alves e Jackeliny Ferreira Rangel, no artigo “A não integração do período de licença-gestante concedido às servidoras públicas federais no cômputo do estágio probatório como medida de igualdade de gênero” examinam a igualdade de gênero a partir do advento da Constituição de 1988 e a decisão administrativa da AGU, que, interpretou a Lei n. 8.112, de 1990, entendendo a integração do período de licença-gestante, concedido às servidoras públicas federais, no cômputo do estágio probatório.

Logo na sequência, Guilherme Nunes de Paiva e André Studart Leitão, estudam o “Direito ao esquecimento: evolução, nuances e decisão do STF no RE nº 1.010.606-RJ, no qual debatem o direito ao esquecimento e o julgamento do RE nº 1.010.606/RJ diante da proteção dos direitos da personalidade.

Ato contínuo, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de Medeiros e Paulo Marcio Reis Santos, apresentaram o artigo a “Polarização de grupos e vulneração das minorias – os efeitos do racismo nos altos índices da violência contra negros no Brasil”, que trata de analisar a polarização de grupos no Brasil, com a aparente colisão entre grupos autodenominados conservadores ou de direita, em oposição a grupos de esquerda ou ditos progressistas, bem como essa polarização gera incremento da violência contra grupos minoritários, em especial os negros, promovendo o racismo e os altos índices de violência contra os negros no Brasil.

Depois, Sibila Stahlke Prado , Bruna Azevedo de Castro com o artigo “Apontamentos sobre a liberdade de manifestação de pensamento, esfera pública seletiva e subalterna no Brasil no contexto da sociedade da informação e do conhecimento” discutem a expansão da esfera pública por meio das novas tecnologias da informação, como forma de garantir o princípio da igualdade, a partir da concepção de esfera pública elaborada por Habermas para identificar esferas públicas seletivas e subalternas.

Por fim, em “A modificação da postura do Poder Judiciário a partir da ponderação e a Teoria de Luis Prieto Sanchís”, Marcelo Bezerra Ribeiro , Paulo Henrique Pinheiro dos Santos discutem a mudança paradigmática do Direito quanto a normatividade dos princípios, o procedimento de ponderação capaz de ampliar a atuação dos magistrados e o limite dessa intervenção, abordando o instrumento da ponderação na visão de Luís Prieto Sanchís, permitindo a análise dos pontos positivos e negativos desse novo agir por meio da jurisdição.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho -UNINOVE

Riva Sobrado De Freitas - Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

**A NÃO INTEGRAÇÃO DO PERÍODO DE LICENÇA-GESTANTE CONCEDIDO ÀS
SERVIDORAS PÚBLICAS FEDERAIS NO CÔMPUTO DO ESTÁGIO
PROBATÓRIO COMO MEDIDA DE IGUALDADE DE GÊNERO**

**THE NON-INTEGRATION OF THE MATERNITY LEAVE PERIOD GRANTED TO
FEDERAL PUBLIC SERVANTS IN THE COMPUTATION OF THE PROBATORY
INTERNSHIP AS A GENDER EQUALITY MEASURE**

Samantha Ribeiro Meyer-pflug ¹

Patricia Juliana Marchi Alves ²

Jackeliny Ferreira Rangel ³

Resumo

Com o olhar voltado para a igualdade de gênero a partir do advento da Constituição de 1988, chama atenção decisão administrativa da AGU, que, interpretando a Lei n. 8.112, de 1990, entendeu pela integração do período de licença-gestante, concedido às servidoras públicas federais, no cômputo do estágio probatório. No entanto, questiona-se se a interpretação administrativa acaba por desaguar em inconstitucionalidade por afronta às regras e princípios insculpidos no próprio texto constitucional, e se a proteção constitucional e legal conferida às mulheres já não seria suficiente. Empregou-se a metodologia dedutiva e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: 1. direito constitucional, 2. trabalho da mulher, 3. igualdade de gênero, 4. licença-gestante, 5. estágio probatório

Abstract/Resumen/Résumé

With a view towards gender equality from the advent of the 1988 Constitution, the administrative decision of the AGU calls attention, which, interpreting Law n. 8112, of 1990, understood the integration of the period of pregnancy leave, granted to federal public servants, in the computation of the probationary internship. However, it is questioned whether the administrative interpretation ends up in unconstitutionality due to an affront to the rules and principles inscribed in the constitutional text itself, and whether the constitutional and legal protection granted to women would no longer be sufficient. Deductive methodology and bibliographical and jurisprudential research were used.

¹ Doutora e mestre em Direito pela PUC-São Paulo. Pós-doutorada em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho e Advogada.

² Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho e Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho e Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1. constitutional law, 2. women's work, 3. gender equality, 4. maternity leave, 5. probationary internship

1 Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise sobre a possibilidade de a licença-gestante, quando concedida no curso do estágio probatório à servidora pública, titular de cargo efetivo, ter o condão de suspendê-lo.

Nos casos concretos, quando as normativas determinam a suspensão do estágio probatório, com a consequente prorrogação do término dele, vêm ocorrendo questionamentos na seara administrativa e judicial, para, com base em princípios constitucionais, conferir direito à não-suspensão do estágio probatório. Em outras palavras, a despeito de a mulher estar afastada em razão da licença-maternidade, esse período é contabilizado para fins da aquisição da estabilidade (ou vitaliciedade, nos casos das carreiras de Membros do Ministério Público e da Magistratura).

As posições favoráveis ao cômputo se baseiam no fato de que, caso assim não o seja, haverá inegável prejuízo à mulher, que está na realidade apenas exercendo um direito fundamental a ela conferido, qual seja, o gozo da licença-maternidade. Contudo, prevalece entendimento diverso no tocante à licença por saúde médica do servidor. Ele é afastado e o período do estágio probatório resulta suspenso.

No entanto, a conclusão do estágio probatório pressupõe o efetivo exercício do cargo. Nesse sentido, questiona-se em que medida a não-suspensão do estágio probatório pelo período de licença-maternidade poderia representar uma inconstitucionalidade, uma vez que criaria uma vantagem indevida à mulher. Em tal contexto, a prevalência desse entendimento poderia contribuir para a sedimentação do preconceito contra a mulher no mercado de trabalho, que já é arraigado na sociedade.

2 Direitos da Mulher na Constituição de 1988

O princípio da igualdade é garantido no Brasil, desde a nossa primeira Constituição, estando presente em todos os Textos Constitucionais posteriores.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade vem previsto no rol do artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos. O rol desses direitos é exemplificativo, pois, consoante o disposto no próprio § 2º do artigo 5º, os direitos ali previstos não excluem outros decorrentes dos princípios previstos na Constituição e dos tratados internacionais (MELLO FILHO, 1986, p. 425).

Importante destacar que os direitos individuais se constituem em cláusulas pétreas e, portanto, impassíveis de abolição por meio da edição de emenda constitucional. São considerados o núcleo essencial da Constituição. O Texto Constitucional garante a igualdade em toda a sua extensão, tanto

do ponto de vista formal, consistente na proibição de a lei utilizar critérios que não sejam legítimos, bem como em assegurar equidade de acesso à educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho, dentre outros direitos sociais. Nesse sentido, busca assegurar a dignidade de pessoa humana.

Destarte, a Constituição de 1988 explicitamente garante a equidade entre homens e mulheres, nos termos dispostos por ela. Em outras palavras, é permitido ao próprio Texto Constitucional fazer algumas distinções entre os sexos, como no que diz respeito às regras relativas a aposentadoria, por meio das quais as mulheres se aposentam com menos idade que os homens.

O Texto Constitucional, portanto, consigna que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, consagrando, não só uma igualdade jurídica formal, como também uma igualdade jurídica material, ou isonomia, que nada mais é que tratar os desiguais na medida em que se desigualem.

A igualdade só é alcançada quando se reconhecem as diferenças e, nessa esteira, posiciona-se Anne Phillips (2009, p. 224) reforçando que: “não podemos esperar alcançar a igualdade ignorando as diferenças, pois todos os intentos de não levar em conta as diferenças – não observando se alguém é homem ou mulher [...] – acabarão por reforçar a dominância dos grupos já dominantes”. O reconhecimento da “diversidade ao invés da uniformidade” é ponto primordial para que se alcance a igualdade plena.

Interessa notar que a Carta Magna possui diversos outros dispositivos nos quais confere direitos, ou proteção a direitos, à mulher, justamente para ser fiel ao princípio isonômico. No artigo 7º, inciso XVIII, da CRFB/88, restou assegurado à trabalhadora, urbana e rural, licença à gestante, com duração de 120 dias. Também no encarte dos Direitos Sociais, programou-se a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, inciso XX).

Quanto às regras previdenciárias, a Constituição providenciou, considerando diferenças biológicas entre homens e mulheres que, para fins de implemento de requisitos objetivos, fossem fixados parâmetros diversos, com a mulher alcançando benefícios com idade inferior à do homem (art. 40, § 1º, inciso III e art. 201, § 7º, inciso I).

No serviço militar obrigatório, foi dispensada, também por questões biológicas, a contribuição da mulher (art. 143).

Com relação à gestão da família, corrigindo distorção cultural e histórica, no sentido de que ao homem cabia chefiá-la, a Constituição Federal, por não existir razão para tal diferenciação na ordem dos fatos, igualou homens e mulheres (arts. 183, 189 e 226).

Em diversos dispositivos, o Texto Constitucional buscou informar, em razão de sua posição de proeminência no ordenamento jurídico, toda a legislação infraconstitucional com as marcas do tratamento aos direitos da mulher com base na isonomia.

Por vezes, confere-lhe situações aparentes de vantagem ou privilégio em relação ao homem, contudo, tem sempre como premissa igualar as oportunidades, levando em conta as peculiaridades da biologia feminina e da sua vulnerabilidade física, social e cultural.

Comentando sobre o princípio da igualdade material, Ismael Evangelista Benevides Moraes (2007, p. 148), destaca que “de acordo com o princípio da igualdade material, o Estado deve, inicialmente, abster-se de tratar as pessoas diferentemente, mas, sempre que necessário, pode e deve adotar tratamento diferenciado no sentido de proporcionar uma igualdade real, de oportunidades”.

Em relação à gestação, inclusive, o texto constitucional também não foi omissivo, buscando compatibilizar o direito a ter prole e o direito social ao trabalho, vez que garante o direito à maternidade.

A avaliação que se deve fazer do perfil dos direitos e garantias conferidos à mulher é positiva, uma vez que a ordem jurídica anterior tratava a mulher como indivíduo de segunda classe, sequer lhe sendo atribuída igualdade jurídica formal. Vale dizer que o Código Civil de 1916 dispunha que as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, eram incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer (art. 6º, inciso II). Ficava estabelecido ainda que o marido era o chefe da sociedade conjugal (art. 233).

Com o advento do Texto Constitucional de 1988, o tratamento conferido ao tema da igualdade de gênero objetivou reconhecer as mulheres “como sujeitos de direitos e titulares de cidadania plena”. (SILVA, 2012, p. 65)

No entanto, no plano da concretude dos direitos conferidos à mulher, sabe-se, porém, que a Constituição de 1988 lançou apenas as sementes. Nesse sentido ensina José Afonso da Silva que:

Ademais disso, importa frisar que a Constituição de 1988 está em plena sintonia com as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos e, com base nos princípios de igualdade, não-discriminação e não-violência, é paradigma para toda a legislação infraconstitucional civil, penal, trabalhista, dentre outras; determinando, ainda, que os poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) atuem consoante esta orientação. (SILVA, 2012, p. 62)

Ainda hoje há muitas barreiras culturais, sociais e políticas a serem transpostas. Todos os dias as mulheres precisam reverberar que não desejam privilégios, em relação aos homens, pretendendo apenas igualdade de oportunidades.

Nessa busca pela igualdade de oportunidades, há que se ressaltar a importância das ações afirmativas, como mecanismo de efetivação da igualdade material entre homens e mulheres.

Contudo, é preciso empregar critério para tal ativismo: buscar consolidar pretensos direitos à base de afronta a regras e princípios constitucionais, especialmente consagrando diferenças em relação aos homens, não justificáveis no mundo dos fatos, só tende a gerar retrocessos e falta de apoio às conquistas femininas, deslegitimando-as.

3 Da licença-gestante e do estágio probatório previstos na Lei 8.112/90

A investidura em cargo público de provimento efetivo depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e título.

Com a aprovação e posse em concurso público, o servidor ao entrar em exercício, submete-se ao chamado estágio probatório.

O estágio probatório visa a aferir, mediante avaliação periódica, a assiduidade; a disciplina; a capacidade de iniciativa; a produtividade e a responsabilidade do servidor para o desempenho das funções inerentes ao cargo de provimento efetivo no qual foi investido, adquirindo estabilidade no serviço público após três anos de efetivo exercício (arts. 20 e 21 da Lei n. 8.112/90 e art. 41 da Constituição Federal).

Com efeito, o estágio “não é um simples lapso de tempo” a ser cumprido na carreira inicial do servidor público até sua estabilidade, mas efetivamente se caracteriza como um verdadeiro “[...] processo administrativo de avaliação, adaptação e treinamento em efetivo exercício a que estão submetidos os que ingressam em cargos públicos em virtude de aprovação em concurso público”. (MODESTO, 2002)

A questão que se coloca relevante, no aspecto, é a compreensão do que deve ser considerado como período de “efetivo exercício” para fins de estágio probatório.

O “efetivo exercício” das funções pelo servidor durante o período do estágio é pressuposto essencial para que a Administração Pública possa verificar seu desempenho acerca das atribuições do cargo público ocupado.

Assim, entendemos que por “efetivo exercício” deve-se compreender a concreta e factual consecução das atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional, cometidas ao servidor nomeado em concurso público.

Somente desse modo é que a Administração poderá de fato averiguar o desempenho e mérito do servidor.

Explica Hely Lopes Meirelles (1997, p. 388) que, no período de estágio probatório, a Administração Pública avaliará a conveniência (ou não) da permanência do servidor no serviço público, “[...] mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.)”.

Ocorre que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei 8.112/90) estabelece que se considera como efetivo exercício o

período de afastamento em virtude de licença-gestante concedida à servidora investida em cargo público.¹

Sendo assim, a problemática que se propõe analisar no presente artigo é se a licença-gestante, quando concedida no curso do estágio probatório, deve integrá-lo, sendo nele computada, ou se tem o condão de suspendê-lo.

Importante destacar que não há unanimidade quanto ao tema. As posições favoráveis ao cômputo da licença-gestante no período de estágio probatório se baseiam no fato de que, caso assim não o seja, haverá inegável prejuízo à mulher, que está na realidade apenas exercendo um direito fundamental a ela conferido².

Tal vertente de pensamento defende que o período de afastamento da servidora em gozo de licença-gestante, sendo entendido como tempo de efetivo exercício pela Lei 8.112, de 1990, deve, portanto, integrar o período do estágio probatório, não o prorrogando.

Baseia-se referida corrente também na leitura do artigo 20, § 5º, da Lei 8.112, de 1990, o qual, ao estabelecer rol de causas suspensivas do estágio probatório, não previu expressamente como tal a hipótese de licença-gestante.

Fundamenta-se igualmente essa linha de pensamento na argumentação de que a licença-gestante é um direito constitucional e seu exercício não pode implicar prejuízos à carreira e à vida pessoal de quem o exerce. Entender-se de forma contrária, causaria discriminação às servidoras e afrontaria a igualdade de gêneros prescrita na Constituição Federal.

Nesse sentido, tem-se a posição firmada pela Advocacia-Geral da União, conforme Parecer da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, publicado em 26/8/2017:

[...] V. O Estado brasileiro está inserido em um sistema supranacional de proteção dos direitos das mulheres, especialmente contra todo tipo de discriminação, e que dão específica importância às questões relacionadas ao ambiente de trabalho. É justamente dentro desse contexto nacional e supranacional, que o Estado brasileiro deve atuar com vistas à proteção, garantia e efetivação do direito fundamental à licença maternidade, em sua leitura constitucional mais ampla, como expressão da dignidade da mulher, da proteção da família e da criança e da efetiva igualdade de gênero. Compete, assim, à Administração Pública envidar todos os esforços para interpretar e aplicar as normas pertinentes (especialmente a Lei 8.112/90) de modo a apreender o correto entendimento do significado normativo do direito fundamental à licença à gestante, e, sendo necessário, modificar e aperfeiçoar normas e procedimentos para tornar possível o seu mais amplo usufruto e impedir que esse exercício represente algum obstáculo ao gozo da licença e, portanto, ao livre desenvolvimento da personalidade feminina e à efetiva proteção da criança e de sua família.³

1 Art. 102, inciso VIII, alínea 'a'.

2 Nesse sentido: "Juizado Especial. Fazenda Pública. Licença Maternidade durante estágio probatório. Cômputo do tempo para efetividade. Possibilidade. 1. O art. 41 da Constituição Federal, que estabelece que a estabilidade se dá após três anos de efetivo exercício, deve ser interpretado em consonância com princípios constitucionais de salvaguarda da dignidade da mulher e da família, ou seja, de forma sistêmica, dando-se máxima efetividade aos direitos fundamentais. (...)". (TJ-DF 0733805-24.2016.8.07.0016, Relator: Soníria Rocha Campos S'Assunção, data de Julgamento: 14/9/2017, Primeira Turma Recursal, Data de Publicação: 26/9/2017)

3 Parecer n. 04/2017/CNU/CGU/AGU. Disponível em: <https://www.anauni.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Parecer-04-2017.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.

Citada posição levou a Advocacia-Geral da União (AGU) à edição da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 07, de 23 de agosto de 2017, com o seguinte teor:

I - O rol das causas suspensivas do estágio probatório elencadas no §5º, do art. 20, da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser interpretado como exemplificativo.

II – Considera-se efetivo exercício, para fins de cômputo do prazo do estágio probatório, apenas aquelas ausências, afastamentos e licenças que forem comuns a todos os servidores públicos.

III – Excepciona-se a regra do item II apenas às licenças maternidade, paternidade e adotante.

Referências: Art. 6º, art. 7º, incisos XVIII e XIX, Art. 37, caput, art. 41, § 4º, art. 203, inciso I, arts. 226 a 203, da Constituição; art. 15, art. 20, §§1º, 2º, 4º e 5º, arts. 102, 103, arts. 207 a 201, da Lei nº 8.112/90 e o Parecer Plenário nº 003/2016/CNU-Decor/CGU/AGU.

No entanto, apesar das argumentações discorridas sinteticamente, discordamos da linha de pensamento exposta e entendemos que o tempo de licença-gestante da servidora pública, nomeada em concurso público, não deve ser considerado no cômputo de seu estágio probatório, sob pena de não ser cumprida a finalidade precípua do período *probandi*.

Quando o texto constitucional aplicável se utiliza da expressão “efetivo exercício” como requisito para estabilidade no cargo público, compreende-se que deixou clara a necessidade de que o servidor tenha efetivamente exercido as atribuições do cargo a ele atribuído pelo período de três anos do estágio probatório. Ensina Furtado (2007, p. 935) que: “Ao utilizar a expressão efetivo exercício, o texto constitucional deixa evidente que não serão admitidos tempos fictícios e que eventuais licenças ou afastamentos do serviço não podem ser contados para fins de aquisição de estabilidade”.

No caso da licença-gestante, a Lei 8.112, de 1990, ao considerar seu intervalo como período de efetivo exercício da servidora afastada, criou em verdade uma ficção jurídica, admitindo como se exercido tivesse sido um lapso de tempo em que falta, em realidade, a efetiva prestação de serviços.

Com efeito, essa ficção jurídica deve ter eco somente para questões outras como adicional por tempo de serviço e aposentadoria, v.g., mas não para consideração de cumprimento do período de tempo exigido pela Constituição Federal para o estágio probatório.

Do contrário, reconhecer como de exercício efetivo o período de licença-gestante da servidora nomeada, período este em que ausente a efetiva e real prestação de serviços, obstará a Administração Pública de alcançar plenamente o fim pretendido com o estágio probatório, que é o de avaliar “a retidão moral, a aptidão para a função, a disciplina, a responsabilidade, a assiduidade, a dedicação e a eficiência dos agentes empossados e em exercício”. (MODESTO, 2002)

Sem o exercício real do cargo e de suas atribuições, a Administração se verá impossibilitada de cumprir com o dever constitucional de, mediante uma “avaliação especial de desempenho” (art. 41, § 4º), exercer seu juízo de conveniência de manter ou não a servidora em seus quadros. Haveria inclusive, no aspecto, patente inconstitucionalidade.

Nesse diapasão, a embasar nosso entendimento tem-se o seguinte trecho do acórdão do TRF-2:

1. O estágio probatório visa aferir a aptidão e a capacidade do servidor para o desempenho das funções inerentes ao cargo de provimento efetivo, adquirindo estabilidade no serviço público após 3 (três) anos de efetivo exercício (ex vi dos artigos 20 e 21 da Lei 8.112/1990, e 41 da CRFB). 2. O efetivo exercício das funções é condição *sine qua non* para a avaliação de desempenho das atribuições inerentes ao cargo público, pelo que não se mostra razoável o aproveitamento de períodos de licenças ou afastamentos para fins de cômputo do prazo de três anos, devendo o estágio probatório ser suspenso, não só nas hipóteses descritas exemplificativamente no § 5, do art. 20, da Lei 8.112/90, como também nos períodos relativos aos afastamentos decorrentes de licença médica para tratamento da própria saúde e de licença à gestante, em consonância com a exegese da norma. [...] 4. Conquanto a Lei nº 8.112/1990 estabeleça que os afastamentos decorrentes de licença para tratamento da própria saúde, até o limite de 24 (vinte e quatro) meses e a licença à gestante são consideradas como de efetivo exercício, insta considerar que para fins de estágio probatório e, por conseguinte, para aferição da progressão funcional, faz-se mister avaliar efetivamente o desempenho do servidor, de sorte que não tendo o servidor cumprido o período mínimo para tal avaliação, ou seja, o equivalente a 2/3 nos dois períodos avaliativos, como indicado pela Administração, não se cogita em assegurar sua progressão com base em dados parciais. 5. Remessa *ex officio* e apelação da União providas. Pedido inicial julgado improcedente. (TRF-2 - APELREEX: RJ 0137019-85.2014.4.02.5102, Relator: Marcelo Pereira da Silva, Data de Julgamento: 24/05/2017)

Enquanto a servidora estiver afastada para usufruir da licença, por conta de sua maternidade, não estará efetivamente trabalhando para a Administração Pública, que se privará de constatar, no período de afastamento, se aquela servidora preenche todos os requisitos legais para ingresso nos quadros públicos de maneira estável.

Da mesma forma, no período de estágio probatório, cabe à Administração igualmente propiciar treinamento adequado ao servidor nomeado, isso não será possível se a servidora estiver afastada por conta da licença-gestante.

Paulo Modesto (2002) refere que a concepção de efetivo exercício é de um “conceito-realidade”, parafraseando a figura conhecida do Direito do Trabalho de contrato-realidade. Aduz que a melhor maneira de se definir o conceito de efetivo exercício, dentro do objetivo constitucional do estágio probatório em que contextualizado, é inserir o servidor durante o período de estágio nas atividades regulares do Estado.

Segundo esses ensinamentos, o tempo de efetivo exercício será aquele então em que o nomeado em concurso público exerce suas funções integrado nas atividades normais da Administração, permanecendo a ela disponível.

Por esse entendimento, dias de inatividade, durante o estágio probatório, só são nele computados quando a inatividade é comum e alcance indistintamente todos os servidores do mesmo ente público:

Tempo de exercício efetivo é o tempo dedicado à administração, tenha ou não esta expediente de trabalho. Havendo expediente, o tempo de efetivo exercício conta-se em serviço, porque há serviço. Não havendo expediente, por determinação legal, que alcance à generalidade dos agentes, há mera disponibilidade para o serviço, o único exercício possível neste contexto para qualquer servidor, inclusive o servidor em estágio. Por isso, deve ser reconhecido como efetivo exercício, para fins de integralização do estágio probatório, o descanso semanal remunerado, os dias de feriado, bem como todos os dias de inatividade que alcancem generalizadamente os servidores da administração. (MODESTO, 2002)

Por outro lado, os períodos de inatividade do servidor que apenas o alcancem por motivos individuais e particulares, sendo mantidas sem interrupção das atividades do ente público, não podem ser tidos como de efetivo exercício para fins de cômputo do tempo em seu estágio probatório.

Nessa senda, a licença-gestante é período sem efetiva prestação de serviço pela servidora nomeada, que decorre de situação especial e particularizada e que a afasta das atividades públicas em que pese se subsista o funcionamento normal da Administração.

Logo, por essa posição, que defendemos no presente artigo, a licença-gestante da servidora não deve ser computada em seu período de estágio probatório.

4 Da afronta às regras e aos princípios constitucionais

Como já ressaltado, enquanto a mulher está afastada, muito embora em exercício regular de um direito fundamental e social a ela garantido (art. 7º, inciso XVIII, CFRB/1988), a Administração Pública fica impedida de fazer-lhe a avaliação competente.

Para além de todos os aspectos que sustentamos, se o tempo em que a servidora pública permanece em licença-gestante lhe é considerado no cômputo do estágio probatório, sua capacidade de trabalho será demonstrada ao Ente Público em menor tempo do que o exigido pela Constituição Federal que, frise-se, menciona três anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade, e não três anos corridos desde a data da nomeação.

A mulher passa a ter, nesse diapasão, vantagem indevida perante seus pares. Um servidor que tenha entrado em exercício no mesmo dia que ela, somente vai concluir o estágio probatório trinta e seis meses depois, se não tiver o infortúnio de viver uma licença-saúde, por exemplo. A servidora que pode, sem qualquer prejuízo extraordinário, planejar sua gravidez/parto para o término do estágio, ficará em franca posição privilegiada em relação ao seu colega, pois concluirá o estágio sem o requisito exigido para tal, o efetivo exercício das funções inerentes ao cargo por trinta e seis meses eficazmente trabalhados.

Com efeito, admitir que a servidora pública tenha a vantagem de demonstrar sua capacidade ao Ente Público em menor tempo que os demais servidores concursados, causará indubitável ataque ao princípio constitucional da igualdade, sem falar nos princípios da eficiência da Administração Pública e da primazia do interesse público sobre o privado.

A Constituição Federal garantiu a igualdade de todos perante a lei, asseverando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Tratou o princípio-norma da igualdade, não só na modalidade formal, mas também na modalidade material, ou isonomia.

Isso significa dizer que não se admite que a lei trace distinções arbitrárias, unicamente em razão do gênero, para o fim de privilegiar homens em detrimento das mulheres, vedando, por óbvio, o inverso.

Os dispositivos constitucionais que tratam a mulher de forma diferenciada e aparentemente privilegiadora, em relação ao homem, são muito claros no sentido de que visam a atender a circunstâncias da natureza biológica. Isso explicita o princípio da igualdade na acepção material, ou isonomia.

Para além de, em não se suspendendo o estágio da servidora em gozo de licença-gestante, estar-se diante de afronta ao princípio da igualdade em prejuízo dos servidores do sexo masculino, não há como negar a afronta ao princípio constitucional da eficiência da Administração Pública (art. 37, CRFB/88), explicitamente acrescentado ao texto pela EC nº 19, de 1998.

Nesse passo, vale lembrar que, embora somente em 1998 esse princípio tenha ganhado *status* constitucional, Hely Lopes Meirelles já citava a eficiência como sendo um dever cuja observância estava imposta aos agentes públicos:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 1997, p. 90-91, grifo do autor)

Analizando o princípio da eficiência, Carvalho Filho (2008, p. 23) destaca:

Com a inclusão (do princípio da eficiência), pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Não é difícil perceber que a inserção desse princípio revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos, que incontáveis prejuízos já causou aos usuários.

Citando Fernanda Marinela, prossegue Carvalho Filho (2008, p. 24), asseverando que o “núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

A atividade da Administração Pública deve ser eficiente. Daí advém a completa impossibilidade de compatibilizar o princípio-norma da eficiência com a estabilidade do servidor que não foi avaliado, que não teve seu desempenho aferido, pelo tempo que o mesmo texto constitucional reputa necessário.

No ponto do princípio da eficiência, é importante ainda salientar que existe uma demanda crescente por parte da população brasileira para que haja melhora substancial do serviço público, o

qual reconhecidamente não atende minimamente aos anseios dos contribuintes. Em razão da alta carga tributária que lhes recai sobre os ombros, vêm pressionando instâncias governamentais para corrigir as distorções da burocracia do serviço público, que é um dos grandes escoadores da receita nacional.

Os cadernos de economia dos noticiários reverberam notícias sobre o tema, como se verifica da seguinte matéria veiculada na Gazeta do Povo, em 28 de maio de 2021⁴:

Do início do ano até este sábado (29), o contribuinte brasileiro terá trabalhado exclusivamente para pagar impostos, segundo estimativa do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). O cálculo leva em conta a média de impostos federais, estaduais e municipais que incidem sobre renda, patrimônio e consumo e que correspondem a 40,82% do rendimento médio do país – é essa a fração do ano que, segundo o IBPT, o brasileiro destina para satisfazer as necessidades de arrecadação do Estado.

[...]

Na comparação com outros 26 países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a partir de dados de 2019, o Brasil ocuparia a nona colocação em termos de carga tributária.

“Países da Europa, especialmente os nórdicos, têm uma tributação maior do que a nossa, mas lá a carga se justifica pela alta qualidade dos serviços públicos oferecidos”, diz o presidente do IBPT. “Aqui, apesar da alta incidência de impostos, temos que acabar pagando, na iniciativa privada por serviços que, pela ineficiência governamental, não temos, como assistência médica particular, segurança privada, pedágio, educação”.

Eis o propulsor da Reforma Administrativa, veiculada na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 32, de 2020, de autoria da Presidência da República e que, a passos lentos, tramita na Câmara dos Deputados.

O cerne da PEC 32 é exatamente aumentar a eficiência da máquina pública, diminuindo seu custo.

Nesse passo, como defender que a interpretação segundo a qual o período da licença-gestante da servidora, em estágio probatório, deve ser computado, para fins de aquisição de estabilidade na carreira, não afronta ao princípio constitucional da eficiência?

5 Dos efeitos multiplicativos da Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 07, de 23 de agosto de 2017

A despeito de existir norma legal que verse sobre o tema e de a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais referentes à matéria não admitirem conclusão diversa daquela segundo a qual o estágio deve ser prorrogado, em caso de concessão de licença-gestante, servidoras públicas de outras carreiras têm obtido a benesse, administrativa ou judicialmente.

4 YANO, Célio. 149 dias no ano: brasileiro trabalha até este sábado apenas para pagar impostos de 2021. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 28 maio 2021, Economia. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/brasileiro-trabalha-ate-29-de-maio-para-pagar-impostos-de-2021>. Acesso em: 26 set. 2021.

No caso dos Membros do Ministério Público, a Lei Orgânica (Lei 8.625, de 1993) prevê expressamente a suspensão do estágio probatório, a prorrogar o vitaliciamento, em caso de gozo de licença-gestante (art. 52, inciso III, c.c art. 53, inciso I).

No entanto, em dezembro de 2020, foi proposta Resolução ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a qual veiculava dispositivo, derogando texto da referida lei, para “criar” o direito de computar o tempo da licença no estágio probatório, *in casu*, período de vitaliciamento, nos seguintes termos:

Art. 3º É vedada a suspensão da contagem do período de estágio probatório para membras e servidoras durante o gozo do período de licença maternidade.

Esse dispositivo da proposta restou rejeitado, já que a editada Resolução 83, de 2021 não o abarcou, observando as questões de gênero, referentes à maternidade e ao trabalho no Ministério Público, inclusive na realização de concurso, promovendo, então, a igualdade material entre homens e mulheres gestantes/lactantes, sem ferir regras e princípios constitucionais e legais. Vale a transcrição:

Art. 1º Esta Recomendação dispõe sobre condições diferenciadas a gestantes e lactantes na realização de concurso público, em curso de vitaliciamento, no estágio probatório e durante o exercício das funções institucionais.

Art. 2º Fica garantida a realização de prova oral, por meio virtual, para o ingresso nas carreiras iniciais de membras do Ministério Público, quando o deslocamento para o local do exame venha a requerer a necessária utilização de transporte aéreo, terrestre ou aquático: I - às candidatas grávidas a partir da 28ª (vigésima oitava) semana de gestação; II - às candidatas gestantes em casos de gravidez de risco, independentemente da fase de gestação, desde que o deslocamento em questão não seja recomendado pelo(a) médico(a) que a acompanha; III - às candidatas em fase puerperal; e IV – às candidatas lactantes. § 1º O Ministério Público deverá garantir a incomunicabilidade da candidata durante a realização da prova oral e a existência de equipamentos de informática necessários e suficientes à realização do ato na sede do Ministério Público mais próxima de sua residência. § 2º Deverá a candidata comprovar, no prazo e na forma estabelecidos pela Comissão do Concurso, alguma das condições citadas no caput deste artigo para fazer jus à realização da prova por meio virtual. § 3º Fica assegurado à candidata o direito de fazer a prova oral presencialmente, se assim o desejar e permitirem suas condições de saúde.

Art. 3º É assegurada a continuidade do gozo do período de licença-maternidade, sem solução de continuidade e pelo tempo que restar, às membras e servidoras que tomarem posse nos cargos iniciais das carreiras do Ministério Público, independentemente da origem do cargo ou emprego anterior.

Art. 4º Às membras e servidoras lactantes, sempre que possível, será facultada a opção pelo trabalho remoto, sem prejuízo da remuneração, por até 6 (seis) meses após o término da licença-maternidade, nos termos da Resolução CNMP nº 157, de 31 de janeiro de 2017. Parágrafo único. Não sendo possível ou não optando pelo trabalho remoto, a lactante terá o horário de trabalho reduzido de acordo com suas atribuições.

Art. 5º Os órgãos do Ministério Público poderão editar atos normativos complementares, a fim de adequar e especificar a regulamentação da matéria às suas necessidades, observadas suas balizas de planejamento estratégico e atendidos os parâmetros de segurança que possuam e devam seguir.

Art. 6º Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Ressalta-se o artigo 4º da Recomendação em voga, que trata do trabalho remoto e permite, para além da licença-gestante, que a mãe, servidora ou promotora de justiça, opte por essa modalidade de trabalho, a qual permitirá a atenção ao filho nascido e ao trabalho, no ambiente doméstico, em

equação harmônica entre os direitos da mulher-mãe e do princípio da eficiência do serviço público, sem qualquer violação ao princípio da igualdade.

6 Da necessária igualdade de gênero prevista na Constituição de 1988

Na concepção de igualdade da Constituição, é preciso que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Só assim a verdadeira igualdade é alcançada.

Por essa concepção, a lei e sua aplicação devem impor tratamento diferenciado entre homens e mulheres, apenas quando existam, de fato, diferenças entre ambos (PUYOL, 2001, p. 103).

No caso da servidora gestante, tem-se que a licença-maternidade a ela concedida é direito fundamental social protecionista, justificado em virtude das diferenças biológicas existentes entre mulheres e homens. Somente a mulher pode gerar e, assim, a proteção desigual em relação ao homem se justifica com a concessão de benefício diferenciado.

Trata-se a licença-gestante de tutela à maternidade, à vida e à família; e isso não há dúvidas de que deva ser assegurado à servidora concursada.

A licença-gestante se apresenta, assim, como tutela especial conferida às mulheres pelas questões biológicas que lhe são atinentes.

Porém, por outro enfoque, permitir à mulher concursada que se beneficie do período da licença-gestante no cômputo de seu estágio probatório, trar-lhe-ia tratamento benéfico desigual em relação aos homens, desprovido de qualquer fundamento. Dar-se-ia tratamento desigual onde há igualdade: homens e mulheres igualmente aprovados em concurso público, quer, por determinação constitucional, deveriam se submeter, de forma igualitária a três anos de prova efetiva de suas capacidades ante a Administração Pública, para o alcance da estabilidade constitucional.

Ora. Isso significa verdadeira ofensa à igualdade entre homens e mulheres como previsto na Carta Magna Brasileira.

Permitir que a mulher servidora de certo modo encurte seu período de estágio probatório, apenas por ser mulher e mãe, é lhe criar vantagem inadequada e injusta diante de seus pares, fazendo com que o preconceito à sua imagem, já tão arraigado na sociedade, só cresça e afaste as vitórias até hoje tão arduamente conquistadas.

A luta das mulheres sempre foi (e ainda o é) pela igualdade de gênero (NUSSBAUM, 2012, p. 78).

As mulheres não querem privilégios e proteção desarrazoada.

As mulheres brasileiras, desde os tempos primórdios e até os dias atuais, travaram (e ainda travam) uma longa e árdua batalha para a conquista de espaço nos cenários social e familiar.

A Constituição Federal de 1988, ao trazer expressamente a previsão da igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental, representou, no plano jurídico nacional, “um grande marco legislativo no tocante aos direitos da mulher e à ampliação de sua cidadania”. (SILVA, 2012, p. 61).

E assim sendo, a leitura de todo o ordenamento jurídico nacional deve ter em vista esse imperioso objetivo constitucional.

O que as mulheres buscam é igualdade, não só jurídica, mas material, com proteção apenas nos aspectos em que isso se faça necessário.

As mulheres querem as mesmas condições de acesso, permanência e promoção no trabalho.

7 Conclusão

De todo o exposto, vê-se que os dispositivos constitucionais e legais sobre a conciliação entre o direito à prole e ao trabalho, dos quais repercutem o direito à licença-gestante, objetivam efetivar os direitos humanos de mulheres e homens, tratando-os, na matéria, de forma isonômica e preservando, assim, o princípio constitucional da igualdade.

A interpretação exarada na Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 07, de 23 de agosto de 2017, segundo a qual o período da licença-gestante concedido às servidoras públicas federais titulares de cargos efetivos deve ser computado, para fins de decurso do estágio probatório, não está autorizada pela leitura constitucional do diploma legal de regência, Lei 8.112, de 1990.

A Lei 8.112, de 1990, silencia de forma eloquente no que tange à suspensão do estágio, pois é da própria natureza dele não ocorrer o decurso, se não houver efetivo exercício das funções. Ou seja, não precisava a lei tratar de algo óbvio.

A Orientação Normativa mencionada, a pretexto de resguardar os direitos sociais das Mulheres, viola a Constituição, diretamente, do ponto de vista material, pois fere a harmonia existente entre o princípio da igualdade material entre homens e mulheres e o princípio da eficiência, que rege a Administração Pública.

Além disso, ao criar direitos subjetivos para mulheres à revelia de preceitos legais *stricto sensu*, promove situação de inconstitucionalidade indireta, pela via da ilegalidade, determinando que o ente público estatal suporte o ônus da perda de eficiência em seus quadros.

Com o efeito multiplicativo gerado, a Orientação, por consagrar desigualdade sem substrato fático razoável, deslegitima, nesse aspecto, a luta das mulheres por igualdade de oportunidades, atraindo a ira dos detratores da causa, desnecessariamente.

Referências

- BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer n. 04/2017/CNU/CGU/AGU, de 29 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.anauni.org.br/wp-content/uploads/2020/09/Parecer-04-2017.pdf>. Acesso em: 17 set. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 83**, de 10 de agosto de 2021. [Dispõe sobre condições diferenciadas a gestantes e lactantes, na realização de concurso público, em curso de vitaliciamento, no estágio probatório e durante o exercício das funções institucionais]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-n-83-2021.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CONSELHEIRO do CNMP apresenta proposta sobre condições diferenciadas a gestantes e lactantes em concursos do Ministério Público. **Conselho Nacional do Ministério Público**. 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/13769-conselheiro-do-cnmp-apresenta-proposta-sobre-condicoes-diferenciadas-a-gestantes-e-lactantes-em-concursos-do-ministerio-publico>. Acesso em: 20 set. 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MODESTO, Paulo. Estágio probatório: Questões Controvertidas. **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, n. 12, 2002, n.p. Disponível em: https://www.academia.edu/1035234/EST%C3%81GIO_PROBAT%C3%93RIO_QUEST%C3%95ES_CONTROVERSAS. Acesso em: 17 set. 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e proporcionalidade. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza, v. 27, p. 135-154, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/59/101>. Acesso em: 22 set. 2021.
- NUSSBAUM, Martha. **Las mujeres y el desarrollo humano el enfoque de las capacidades**. Barcelona: Herder editorial, 2012.
- PHILLIPS, Anne. Da desigualdade à diferença: um caso grave de deslocamento?. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 02, p. 223-240, jul./dez. 2009.
- PUYOL, Ángel. **El Discurso de la igualdad**. Barcelona: Editorial Crítica, 2001.
- SILVA, Salete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 01, n. 01, p. 59-69, out. 2012.

YANO, Célio. 149 dias no ano: brasileiro trabalha até este sábado apenas para pagar impostos de 2021. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 28 maio 2021, Economia. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/brasileiro-trabalha-ate-29-de-maio-para-pagar-impostos-de-2021>. Acesso em: 26 set. 2021.