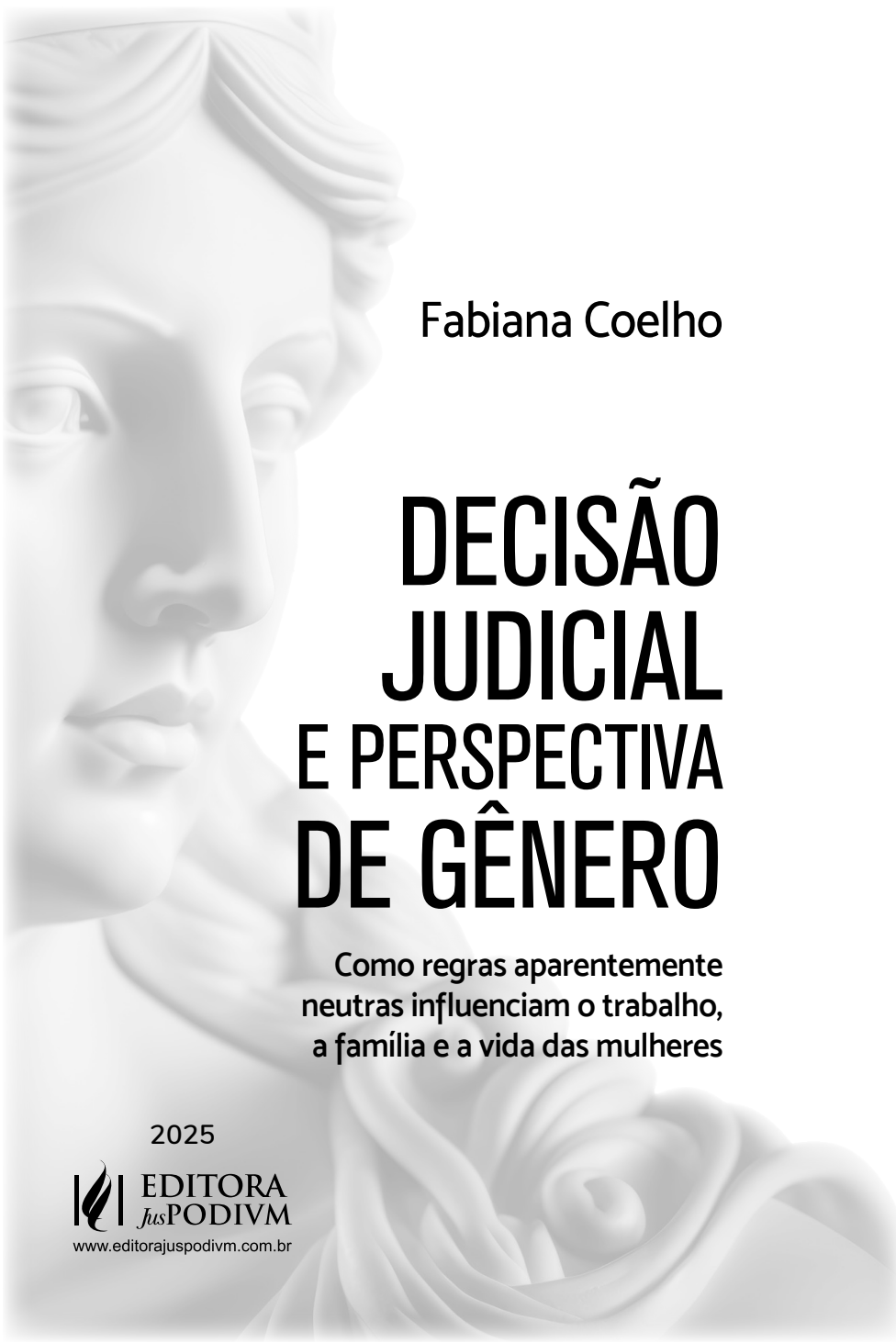




Fabiana Coelho

DECISÃO JUDICIAL E PERSPECTIVA DE GÊNERO

Como regras aparentemente
neutras influenciam o trabalho,
a família e a vida das mulheres

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

IMPACTO DESPROPORCIONAL E DESIGUALDADE DE SEXO

1. IMPACTO DESPROPORCIONAL EM TERMOS DE SEXO NA JURISPRUDÊNCIA

1.1 Validade da comparação e recorte metodológico

Pierre Legrand discute a necessidade de se abandonar, nos estudos de direito estrangeiro, o paradigma da autoridade, substituindo-o pelo paradigma da alteridade. O que importa, nesse sentido, não é o valor da norma porque ela foi posta – ou porque foi posta em determinado país – mas sim o seu conhecimento no contexto de uma ética da comparação, que deve ser imbuída de reconhecimento e de respeito. A comparação “que abre espaço para o outro Direito, que lhe dá a palavra”. Assim, é uma comparação de escuta, que precisa levar em conta as diferenças das jurisculturas dos países envolvidos¹.

O contexto de desigualdade de sexo, bem como as respostas que ele recebe, nos Estados Unidos, são pertinentes ao Brasil porque, ainda que ressalvadas as diferenças, há similitudes relevantes. Brasil e Estados Unidos são países

1. LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. São Paulo: Contracorrente, 2018.

continentais, com grande população e disposições constitucionais que asseguram a igualdade entre os cidadãos. Apesar disso, a realização empírica dessa igualdade, conquanto tenha experimentado avanços nos últimos anos, continua longe de realizar-se.

Apenas para exemplificar com a questão do acesso à igualdade de oportunidades de trabalho, a U.S. Equal Employment Opportunities Commission informa que 91,7% de todas as reclamações que recebe sobre discriminação no pagamento de salários são formuladas por mulheres². No Brasil, pesquisa do IBGE de 2022 demonstrou que, em média, as mulheres ganham 20% menos que os homens, desigualdade que persiste em patamar elevado mesmo quando se compara trabalhadores do mesmo perfil de escolaridade e idade, e da mesma categoria de ocupação. Embora esse percentual venha oscilando um pouco ao longo dos anos – em 2012 a diferença era superior a 26% – a melhora é lenta³.

Tal como nos Estados Unidos, o ordenamento jurídico brasileiro admite que o direito à igualdade de sexo é passível de ser implementado sob diversas vertentes. Em primeiro lugar, há fiscalização estatal, feita sob a perspectiva do direito administrativo, nos Estados Unidos, pela U.S. Equal Employment Opportunities Commission e, no Brasil, pela fiscalização do trabalho. Segundo, é possível a implementação privada individual do direito, pela via jurisdicional. Tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil, a relação

2. <<https://www.eeoc.gov/data/continuing-impact-pay-discrimination-united-states>>. Acesso em 16 jan 23.

3. A pesquisa foi feita pela Consultoria Idados. Disponível em: <<https://blog.idados.id/idados-do-g1-os-cargos-com-maior-diferenca-salarial-entre-homens-e-mulheres/>>, com base na Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios do IBGE. Ver BRASIL. **Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios**. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022.

empregado-empregador é fortemente regulada por normas gerais e abstratas, as quais são passíveis de implementação jurisdicional. Por exemplo, o pagamento desigual, nos Estados Unidos, viola o Equal Pay Act (EPA) de 1963 e o Title VII do Civil Rights Act de 1964, isso no que tange a sexo. Há, ainda, outras normas para distintos grupos, como é o caso do Age Discrimination in Employment Act (ADEA) e do Americans with Disabilities Act (ADA). No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho assegura, de modo expresse, a igualdade de pagamento entre homem e mulher (art. 5º) e prevê a ação de equiparação salarial (art. 461), com multa, caso fique comprovado que a diferença salarial é passível de ser atribuída a sexo ou etnia.

Em terceiro lugar, ambos os países permitem a litigância civil coletiva para a implementação de direitos de grupos minoritários. No caso dos Estados Unidos, as class actions, previstas na Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure, podem ser propostas por qualquer uma das vítimas da conduta, em benefício de todo o grupo. No Brasil, a ação civil pública pode ser ajuizada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associações privadas.

Em ambos os países, a litigância coletiva é relevante em matéria de igualdade salarial. Por exemplo, no Brasil, o Ministério Público do Trabalho adota diversas iniciativas para promover a igualdade entre os sexos em termos salariais, inclusive com o ajuizamento de ações⁴. Nos Estados Unidos, o Wal-Mart, maior empregador privado do país, foi

4. Em 2021, foi noticiado o ajuizamento de ação contra uma empresa por ter contratado apenas duas mulheres em um quadro de duzentos motoristas. Ver <<https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2021/07/4939928-mpt-acusa-empresa-por-discriminacao-de-genero-e-descontos-indevidos-de-salario.html>>. Acesso em 16 jan 23.

rêu em diversas *class actions*, ao argumento de desfavorecer mulheres em seus processos internos de promoção⁵.

Nesses termos, a semelhança de contexto e de sistema jurídico entre o Brasil e os Estados Unidos evidencia a validade da comparação pretendida neste trabalho, sendo empreendida também em diversos outros estudos, tanto jurídicos, quanto de outras áreas do conhecimento⁶. A proposta deste capítulo é demonstrar alguns casos e situações em que o impacto desproporcional é evidenciado, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, em matéria de sexo e, na medida do possível, expor algumas formas de solucionar a questão.

No que tange ao recorte metodológico, cumpre ressaltar que este capítulo não trata da questão do viés de sexo (*sex bias* ou *gender bias*), que é o viés cognitivo em virtude do qual há tendência de que escolhas sejam feitas levando em consideração o sexo, mesmo em situações nas quais este não deveria ser um fator relevante. Quando esse viés existe, ele invariavelmente desfavorece as mulheres, havendo diversos casos documentados⁷.

-
5. A principal dessas *class actions*, derrotada na Suprema Corte, foi Wal-Mart v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011).
 6. No Direito, ver, por exemplo, VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 3.ed. São Paulo: RT, 2022, especialmente caps. 3 e 5., bem como ROQUE, André. Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013. Na economia, ver GIUBERTI, Ana; MENEZES-FILHO, Naércio. Discriminação de rendimentos por gênero: uma comparação entre o Brasil e os Estados Unidos. In: **Revista Economia Aplicada**, vol. 9, n. 3, 2005.
 7. Apenas para exemplificar: CISLAK, Aleksandra., FORMANOWICZ, Magdalena.; Saguy, Tamar. Bias against research on gender bias. In: **Scientometrics** 115, 189–200 (2018); BANKS, Taunya. Gender Bias in the Classroom. 38 In: **J. Legal Educ.** 137 (1988); MENGEL, Friederike; SAUERMAN, Jan; ZÖLITZ, Ulf. Gender Bias in Teaching Evaluations. In: **Journal of the European Economic Association**, v. 17, n. 2, 535–566, 2019; RUDINGER, Rachel et. al. **Gender Bias in Coreference Resolution**. Disponível em <<https://arxiv.org/abs/1804.09301>>. Acesso em 16 jan 23; 1. HAMBERG Katarina. Gender Bias

O mais famoso caso de viés de sexo é possivelmente o relativo à escolha de músicos em orquestras, o qual levou à quase universal adoção de audições sem possibilidade de identificação física do candidato ou candidata. Um estudo nos Estados Unidos demonstrou que, até nos anos 1970, as orquestras tinham apenas 5% de mulheres, em média, número que atualmente ultrapassa 30%, o que é atribuído ao fato de que a banca de contratação, a partir de meados dos anos 1980, passou a não poder mais ver o candidato, durante as audições que definem a vaga⁸.

No entanto, os vieses são fenômenos psicológicos, cognitivos, cuja resolução é controversa e dependente do contexto⁹. De forma geral, eles têm sido abordados a partir de uma mudança na arquitetura da escolha¹⁰. O foco deste trabalho é analisar regras e estratégias de decisão que têm como efeito a geração de um impacto desproporcional, independentemente de essa regra ter-se originado de um viés cognitivo ou não. Por consequência, a estratégia de enfrentamento ao impacto desproporcional é a mudança ou eliminação da regra implicada, não apenas da arquitetura de escolha.

in Medicine. In: **Women's Health**, v. 4 n. 3, 237-243, 2008; MITCHELL, Kristina., & MARTIN, Jonathan. Gender Bias in Student Evaluations. In: **Political Science & Politics**, 51(3), 648-652, 2018. Há também um estudo do Fundo Monetário Internacional: STOTSKY, Janet. Gender Bias in Tax Systems. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/Gender-Bias-in-Tax-Systems-2074>>. Acesso em 16 jan 23.

8. GOLDIN, Claudia; ROUSE, Cecilia. Orchestrating Impartiality: The Impact of "Blind" Auditions on Female Musicians. In: **American Economic Review**, 90 (4): 715-741, 2000.
9. Ver NORDELL, Jessica. **The End of Bias: A Beginning - The Science and Practice of Overcoming Unconscious Bias**. New York: Metropolitan Books, 2021.
10. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge: tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. São Paulo: Objetiva, 2019. A edição americana original é de 2008.

Em outras palavras, de nada adianta, por exemplo, ter mais mulheres nos setores de recursos humanos de uma empresa, se a descrição do cargo exige disponibilidade para viagens ou para mudança de localidade ou de residência, ainda que estas, de fato, não ocorram. Como os encargos familiares e de cuidado com os filhos tendem a recair mais fortemente sobre as mulheres, essas exigências, ainda que *prima facie* neutras, tendem a impactar mais sobre as mulheres, o que restringirá seu acesso às vagas. Se, como delineado no capítulo anterior, tal requisito é desnecessário para a vaga, ele deve ser encarado como discriminatório e deverá ser eliminado.

Logo, é importante notar que o conceito de viés cognitivo também é relevante para as questões de sexo, mas ele não é sinônimo de impacto desproporcional. Ambos se relacionam porque ambos lidam com situações em que o impacto sobre o grupo minoritário é indireto e, muitas vezes, não desejado pela própria pessoa ou entidade responsável pela exigência. Por isso, ambas as situações são difíceis de serem demonstradas a partir de análises individuais, sem a consideração da coletividade de pessoas afetadas, e não serão passíveis de remediação pela imposição de punição ao responsável pela prática. São necessárias mudanças no comportamento dos envolvidos para sanar a discriminação, embora a estratégia dessa mudança seja diferente no impacto desproporcional e nos vieses cognitivos.

Enfocam-se, a seguir, hipóteses de impacto desproporcional sobre pessoas do sexo feminino, ainda que, eventualmente, haja referência a vieses cognitivos.

2. IMPACTO DESPROPORCIONAL EM MATÉRIA DE DIREITO AO TRABALHO

O terreno mais profícuo para a teoria do impacto desproporcional nos Estados Unidos foi o das práticas de

contratação para empregos. Há, como evidenciado no Capítulo 2, diversos casos em que essa questão foi objeto de análise jurisprudencial, tanto em termos de sexo, quanto de raça.

O primeiro desses casos a chegar à Suprema Corte dos Estados Unidos, no que tange especificamente ao impacto desproporcional sobre mulheres, foi *Dothard v. Rawlinson*¹¹. O estado do Alabama exigia como requisito para a contratação de agentes penitenciários o peso mínimo de 54 quilos e a altura mínima de 1,57 metro. Esses requisitos seriam uma forma de aferir a força física necessária ao desempenho da função.

A Suprema Corte, por maioria, entendeu que a exigência era inconstitucional. Ficou demonstrado que a exigência apesar de parecer neutra, implicava uma seleção implícita de mulheres, uma vez que, de acordo com estatísticas nacionais, ela teria potencial para excluir 4% da população feminina, mas menos de 1% dos homens. A Corte afirmou que, pelo menos em caráter preliminar, o impacto desproporcional aferido em relação à população nacional já seria suficiente para sustentar o argumento, independentemente da análise do pool de candidatas¹². Isso transferiria o ônus de demonstrar a necessidade do requisito (*business necessity*) para o requerido. No caso, o réu não apenas não demonstrou que esse requisito de altura e peso corresponderia às características físicas necessárias para a função, como também

11. 433 U.S. 321 (1977).

12. "To establish a prima facie case of employment discrimination, a plaintiff need only show that the facially neutral standards in question, such as Alabama's height and weight standards, select applicants for hire in a significantly discriminatory pattern, and here the showing of the disproportionate impact of the height and weight standards on women based on national statistics, rather than on comparative statistics of actual applicants, sufficed to make out a prima facie case".

deixou de apresentar qualquer justificativa para sua exigência, além do fato de ser prevista em uma norma estadual.

Em outras palavras, de acordo com o raciocínio já estruturado no capítulo anterior, cabe ao autor o ônus de demonstrar o impacto desproporcional da exigência impugnada. Neste caso, a desproporcionalidade está ligada à disparidade do impacto da exigência, quando confrontada com a população em geral. Em casos futuros, essa regra viria a ser confrontada com a população de candidatos, embora isso provavelmente faça pouca diferença para este caso. Afinal, mulheres são, em média, mais baixas e mais leves que homens e é improvável que essa diferença não exista na população de mulheres interessadas na posição de agentes penitenciárias. Assim, é provável que essa exigência desclassifique mais mulheres do que homens, tanto na população em geral, quanto para este emprego, especificamente¹³.

Além disso, como bem observou a Corte:

Não é requisito de que a demonstração estatística de desproporcionalidade seja sempre baseada nas características dos candidatos que efetivamente se apresentam. O processo seletivo pode não refletir adequadamente o pool de potenciais candidatos, uma vez que pessoas qualificadas podem sentir-se desencorajadas de candidatar-se ao emprego, em razão de perceberem, por si mesmas, que não conseguiriam satisfazer o requisito que está sendo apontado como discriminatório. Uma candidata em potencial poderia facilmente determinar a sua altura e peso e concluir candidatar-se seria inútil¹⁴.

13. "Moreover, reliance on general population demographic data was not misplaced where there was no reason to suppose that physical height and weight characteristics of Alabama men and women differ markedly from those of the national population".

14. "There is no requirement, however, that a statistical showing of disproportionate impact must always be based on analysis of the characteristics of

O réu, por sua vez, não conseguiu demonstrar que os requisitos de altura e peso mínimos refletir-se-iam, de fato, em força física e que esse atributo seria necessário para o bom desempenho da função. Ainda que, intuitivamente, seja possível supor que a atividade de agente penitenciário seja beneficiada pelo porte físico do sujeito, suposições e senso comum não são suficientes. É preciso que haja demonstração empírica da necessidade do atributo para o exercício da função e da correspondência da exigência (no caso, altura e peso) para a sua aferição.

A Corte afirma que seria possível que o Alabama exigisse, de modo direto, candidatos do sexo masculino para a função. Há considerações no sentido de que as condições das prisões do Alabama eram muito ruins e uma agente penitenciária mulher poderia estar em maior situação de risco caso trabalhasse em uma prisão masculina, por exemplo, com criminosos sexuais. De modo geral, a premissa do Title VII é que essa escolha deveria ser, como regra, feita pela mulher. Porém, no caso específico, a Corte cogita que essa situação poderia colocar em risco o sistema como um todo, em um sistema carcerário no qual “a violência é a ordem do dia”. Nessa circunstância, o risco seria não apenas para a vítima, mas também para os demais agentes e os presos. Assim, embora tenha anulado a utilização da altura e do peso para essa finalidade, a Corte não proibiu que o próprio sexo fosse levado em consideração, em julgamento futuro.

actual applicants. See *Griggs v. Duke Power Co.*, supra at 401 U. S. 430. The application process itself might not adequately reflect the actual potential applicant pool, since, otherwise, qualified people might be discouraged from applying because of a self-recognized inability to meet the very standards challenged as being discriminatory. See *Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324, 431 U. S. 365-367. A potential applicant could easily determine her height and weight and conclude that to make an application would be futile”.

Há outros casos norte-americanos em que a utilização de testes variados para admissão em empregos foi considerada ilícita por implicar impacto desproporcional sobre as mulheres. O 9º Circuito de Apelações julgou ilegal exigências de estatura para a função de policial, ao fundamento de que, apesar de neutra *prima facie*, essa exigência excluiria mulheres desproporcionalmente do acesso à carreira¹⁵. O 8º Circuito de Apelações julgou ilegal um teste de força física para os empregados de uma fábrica de salsichas, tendo em vista que o teste era mais exigente que as demandas concretas da função, de modo que teriam um impacto desproporcional sobre as mulheres¹⁶. Em um terceiro exemplo, do estado de Ohio, uma construtora foi condenada por proibir seus operadores de guias de fazerem intervalos para ir ao banheiro, ao argumento de que eles poderiam urinar na parte de trás do veículo. A exigência foi considerada desvinculada das funções do cargo e ensejaria um impacto desproporcional às mulheres¹⁷. O National Women's Law Center cataloga diversas outras iniciativas similares¹⁸.

Na mesma linha, Joanne Bal anota que a discriminação em matéria de gênero é verificável nos requisitos de aparência dos jornalistas âncoras de televisão. Embora essa exigência incida também sobre homens, as mulheres estão muito mais sujeitas a requerimentos de padrões de “beleza e juventude”. A autora demonstra, no entanto, a recalcitrância dos tribunais para admitir esse tipo de discussão, que envolve o próprio aspecto negocial do telejornalismo¹⁹. No mesmo

15. Blake v. City of Los Angeles, 595 F.2d 1367 (9th Cir. 1979).

16. Equal Employment Opportunity Comm'n v. Dial Corp., 469 F.3d 735 (8th Cir. 2006).

17. Johnson v. AK Steel Corp, 2008 WL 2184230 (S.D. Ohio May 23, 2008).

18. <https://nwlc.org/>. Acesso em 20 nov 22.

19. BAL, Joanne. Proving Appearance-Related Sex Discrimination in Television News: A Disparate Impact Theory. In: **The University of Chicago Legal**

sentido, Deborah Rhode aponta diversos cenários nos quais o fato de não ser bonita prejudica uma mulher de maneira que seria completamente alheia a um homem. Mulheres não atraentes são menos propensas a conseguirem emprego, serem promovidas e costumam ser associadas a comportamentos menos socialmente desejáveis. Não é por acaso, relata a autora, que o investimento global anual em cuidados de beleza supera a cifra de US\$ 200 bilhões por ano²⁰.

No Brasil, embora não haja casos em que sistemas de recrutamento exijam peso mínimo, os concursos para vagas militares, em regra, exigem estatura mínima dos candidatos. A Polícia Militar de Minas Gerais exige, com base no art. 5º da Lei no 5.301/1969, que todos os candidatos a soldado tenham “altura mínima de 1,60m (um metro e sessenta centímetros)”²¹; já a polícia militar de São Paulo exige, para a mesma função, 1,60m para homens e 1,55 para mulheres²², parâmetro que também é utilizado no Exército²³.

Esse requisito já foi questionado diversas vezes perante o Poder Judiciário. Alega-se, em alguns casos, falta de previsão legal do requisito. Em outros, a ausência de correspondência do requisito com a função, por exemplo, área de

Forum, vol. 1993, n. 1, p. 211 e ss: “When faced squarely with the question as to whether Metromedia’s emphasis on appearance was unjustifiable, the court in *Craft* recoiled. It claimed, “[W]e are not the proper forum in which to debate the relationship between newsgathering and dissemination and considerations of appearance and presentation-i.e., questions of substance versus image in television journalism”.

20. RHODE, Deborah L. **The Beauty Bias: the injustice of appearance in life and law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
21. O edital do concurso de 2021 está disponível em <<https://intranet.policia-militar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/crs/10062021225402563.pdf>>. Acesso em 17 jan 23.
22. <<https://documento.vunesp.com.br/documento/stream/MjM4MjE5OQ%3d%3d>>. Acesso em 17 jan 23.
23. <https://espcex.eb.mil.br/downloads/Edital_EsPCEX_2022-2023.pdf>

saúde, mecânica e música, nas quais também se exige altura mínima. Há também casos que alegam a falta de correspondência entre a exigência e a função.

Na ADI 5044, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgada em 11.10.18, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RAZOABILIDADE DE LIMITES MÍNIMOS DE ALTURA PARA A MATRÍCULA NOS CURSOS DE FORMAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DE BOMBEIRO-MILITAR. ADOÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS NA LEI FEDERAL 12.705/2012 PARA AS FORÇAS ARMADAS. EXCEÇÃO AOS CARGOS DE MÉDICO E DE CAPELÃO POR AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. ART. 11, § 2º, DA LEI FEDERAL 7.479/1986. NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DO TEXTO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Conforme a Jurisprudência desta SUPREMA CORTE, a adoção de requisitos de capacidade física para o acesso a cargos públicos deve observar critérios idôneos e proporcionais de seleção, que guardem correlação com as atividades a serem desempenhadas pelo servidor. 2. A norma contida no § 2º do art. 11 da Lei Federal 7.479/1986, no que se refere aos médicos e aos capelães, é incompatível com a Constituição Federal. 3. Com relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade. Os limites de estatura estabelecidos pela norma impugnada, que reproduzem a mesma exigência imposta aos militares das Forças Armadas (1,60m para homens e 1,55m para mulheres), mostram-se razoáveis. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a nulidade parcial sem redução do texto do art. 11 da Lei Federal 7.479/1986 (na redação conferida pela Lei Federal 12.086/2009), excluindo-se da sua incidência os médicos e os capelães.

(ADI 5044, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-139 DIVULG 26-06-2019 PUBLIC 27-06-2019)

Analisando-se o inteiro teor do acórdão, razoavelmente breve para os padrões do STF, percebe-se que a principal razão de decidir tange apenas às seguintes passagens do voto do relator:

Os componentes da carreira de bombeiro-militar, de um modo geral, estão sujeitos a situações peculiares, em que o porte físico se mostra significativamente relevante. (...) Outrossim, ressalte-se que não há ofensa aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência ou da proporcionalidade em relação ao restante da carreira de bombeiro-militar, na medida em que a norma impugnada, por se mostrar condizente com as atribuições desempenhas pelos seus destinatários, é compatível com o texto constitucional.

Quando se compara esse trecho com a fundamentação norte-americana, fica patente uma primeira falha de raciocínio, que sequer tem a ver com a diferenciação de sexo: afirma-se que existem “situações peculiares” da carreira militar, que exigem porte físico. Porém, não se discute, em parte alguma do voto, quais “situações peculiares” são essas, nem por quais razões a altura é um parâmetro apropriado para se aferir o “porte físico” necessário ao atendimento das indefinidas “situações peculiares” e nem por que essa altura mínima específica é “proporcional” para denotar o necessário “porte físico” pertinente às “situações peculiares”. Tudo, como se percebe, está no nível da suposição e de senso comum sobre quais são as atividades de um bombeiro militar, não da discussão concreta do caso.

O segundo problema é que, em momento algum, o Supremo Tribunal Federal considera se essa exigência, aparentemente neutra, tem potencial para afetar de modo mais exigente as mulheres. Mesmo a Ministra Cármen Lúcia, que apresenta um breve voto anotando as dificuldades que tem

com essa exigência, não adentra o recorte de sexo nas suas considerações²⁴.

O que o Supremo Tribunal Federal deixou de analisar, nesse caso, foi que a exigência de estatura mínima, tal como feita pelas organizações militares brasileiras, apesar de aparentemente neutra, tem impacto desproporcional sobre as mulheres. Acontece que, de acordo com a Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE²⁵, realizada em 2008, a média de altura de uma mulher brasileira adulta (entre 20 e 29 anos) é de 1,61 metro, enquanto a estatura média de um homem de mesma idade é de 1,73 metro.

Isso quer dizer que a Polícia Militar de Minas Gerais, valendo-se de uma regra *prima facie* neutra, que exige 1,60 metro para todos os candidatos, favorece a seleção de homens, já que demanda destes estatura 13 cm abaixo da média nacional, enquanto exige das mulheres o mínimo de apenas 1 cm aquém da média. A PMSP e as forças armadas, ainda que, aparentemente, favoreçam as mulheres ao reduzir a exigência em 5 cm, ainda as estão desfavorecendo. O requisito, nesse caso, fica 6 cm abaixo da média feminina nacional, enquanto o dos homens ainda permanece 13 cm inferior. Logo, ainda que se assuma que o “porte físico” de alguém pode ser aferido pela estatura, o que as organizações militares estão efetivamente realizando é aceitando homens de porte físico bastante inferior à média, ao mesmo

24. No mesmo sentido, a doutrina que debate o julgado também não se atenta para suas implicações relativas à diferença de estatura média entre homens e mulheres. Ver: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 469.

25. Os dados estão disponíveis em <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9050-pesquisa-de-orcamentos-familiares.html?edicao=9058&t=destaques>>. Acesso em 17 jan 2023.

tempo em que exigem das mulheres uma dimensão física proporcionalmente maior.

Para que a exigência física fosse proporcional, deveria haver uma alteração de 7 cm para mais, no requisito masculino, o que o elevaria a 1,67 metro, ou de 7cm para menos, no requisito feminino, o que redundaria em 1,48 metro. Aqui, o senso comum encontra a estatística: é raro encontrar-se homens com estatura inferior a 1,60 metro, embora seja comum essa estatura em mulheres. É isso que faz com que a totalidade dos casos conhecidos de impugnação do requisito de estatura, na jurisprudência brasileira, sejam ajuizados por mulheres²⁶. Por outro lado, quando se considera a possibilidade de um homem ter estatura inferior a 1,67m ou de uma mulher ter estatura inferior a 1,48m, percebe-se que as probabilidades se invertem: poucas mulheres seriam excluídas do concurso se esse fosse o parâmetro, ao passo que um número bastante mais expressivo de homens restaria impossibilitado de atender o requisito.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal atentou-se apenas para a impertinência da exigência para os cargos que não estão na atividade fim da corporação. O Tribunal, no entanto, deixou de verificar concretamente se a atividade fim tem mesmo relação com o porte físico, embora, intuitivamente, pareça que tem, bem como se a estatura é ou não medida adequada para o porte físico. Mais importante, para os fins do presente trabalho, a ausência de um recorte de sexo na discussão fez com que o Supremo Tribunal Federal não percebesse que, por mais relevante que considere essa

26. É difícil realizar uma pesquisa abrangente de todos os julgados, por isso efetuou-se uma análise amostral dos 20 primeiros julgados que retornam, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na pesquisa de jurisprudência pela expressão “altura e mínima e concurso”, em 17 jan 2023. Todos os casos são relativos a mulheres.

exigência, ela tem sido feita de modo desproporcional para homens e mulheres.

Essa análise descortina o equívoco em que incorrem alguns teóricos do constitucionalismo feminista, que buscam analisar questões de sexo apenas naquelas situações em que ele está evidenciado, seja de modo expresso, seja pela natureza da questão, como é o caso de julgados sobre contraceptivos, aborto ou maternidade. Embora esses casos sejam importantes, é preciso e, talvez, mais importante, buscar o recorte de sexo justamente nas situações não evidentes, naquelas em que ele deixa de ser feito²⁷. Um bom exemplo é o julgamento do Tema 548 de Repercussão Geral, no qual a Ministra Rosa Weber, apropriadamente, lembrou que a garantia de pré-escola para crianças de zero a três anos é imprescindível para assegurar às mães segurança no exercício do direito ao trabalho, em razão da histórica divisão assimétrica da tarefa familiar de cuidar de filhos e filhas. Na dicção deste trabalho, embora a falta de vagas em creches seja, *prima facie*, neutro em termos de gênero, ele afeta de modo desproporcional as mulheres.

É interessante notar que, quando a perspectiva de sexo é explicitamente apresentada, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tende a ser sensível a ela. Por exemplo, a decisão da ACD 19 validou a proteção legal outorgada às mulheres pela Lei Maria da Penha; a ADPF 54 possibilitou o aborto de

27. Por exemplo, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e André Demétrio buscam mapear o constitucionalismo feminista, no STF, buscando, na pesquisa jurisprudencial, as expressões “constitucionalismo feminista”, “direito das mulheres”, “gênero feminino”, “aborto”, “maternidade”, “contraceptivo”, “licença-maternidade”, “direitos reprodutivos”, “direito à autonomia sexual e reprodutiva”, “jornada extraordinária” e “mulher”. Essa metodologia pode levar a resultados equívocos, como mencionado no texto. Ver BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. In: *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, e1930, 2019.