

17/08/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.450 SÃO PAULO

V O T O

REPERCUSSÃO GERAL

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, cumpre analisar, em sede de preliminar, a admissibilidade deste Recurso Extraordinário, para, em seguida, passarmos ao mérito da controvérsia.

I. Preliminar

Admissibilidade do Recurso Extraordinário

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia *sub examine* consiste em saber, à luz dos arts. 1º, III,¹ 5º, I e II² e 37, I e II³, da Constituição da República, se o fato de um

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

2 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País 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;
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

3 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os

RE 898450 / SP

cidadão ostentar tatuagens em seu corpo, visíveis ou não, é circunstância idônea e proporcional a impedi-lo de concorrer a um cargo ou emprego público, ainda que, eventualmente, o obstáculo esteja previsto em lei.

Em parte, a repercussão geral da matéria decorre da reiterada jurisprudência desta Corte, no sentido da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo público, sem que haja previsão legal expressa a fundamentar a exigência (Precedentes: RE 593.198 AgRg, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; RE 558.833 AgRg, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; e RE 398567 AgRg, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006).

Para além disso, o tema *sub judice* reclama uma abordagem de maior envergadura, mormente diante da constatação de uma miríade de leis que criam restrições para o acesso a cargos, empregos e funções por parte de candidatos que possuem tatuagens fora de padrões supostamente aceitáveis pelo Estado.

Assim, no momento em que a proibição a determinados tipos e tamanhos de tatuagens obsta o direito de um candidato de concorrer a uma função pública, ressoa imprescindível a intervenção do Supremo Tribunal Federal para apurar se o citado discriminável encontra amparo constitucional. Essa matéria, mercê de dotada de um nítido efeito multiplicador, é de inequívoca estatura constitucional.

requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

II - 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998)

Sob o enfoque preliminar da admissibilidade recursal, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 838 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito.

II. Mérito

Como salientado, intenta-se, no presente Recurso Extraordinário, perquirir, de um lado, *(i)* se o edital de concurso para provimento de cargo ou emprego público pode conter restrição dirigida aos candidatos não prevista em lei, e, de outro, *(ii)* se uma tatuagem, visível ou não, pode obstaculizar a participação em certame para o desempenho de uma função pública, ainda que esse impeditivo esteja contido em lei.

No âmbito militar, é cediço que os padrões de apresentação dos integrantes das Forças Armadas e dos militares estaduais e do Distrito Federal são, deveras, rigorosos. Todavia, no momento em que uma exigência estatal específica interfere incisivamente na liberdade de expressão, bem como no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo a impedir um cidadão de trabalhar para o Estado, torna-se possível e, até recomendável, a intervenção judicial para verificar a compatibilidade da referida restrição com o texto constitucional.

Como premissa inicial, torna-se necessário **REAFIRMAR** a jurisprudência desta Corte, no sentido de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concurso depende da sua específica menção em lei formal.

Nessa linha de entendimento, firmou-se a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. LIMITAÇÃO IMPOSTA APENAS POR EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que a exigência de altura mínima para o cargo de policial militar é válida, desde que prevista em lei em sentido formal e material, bem como no edital que regulamente o concurso. 2. Na hipótese, apenas o edital do concurso estabelecia a exigência, de modo que tal limitação se mostra ilegítima. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 906295 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 15-12-2015); (Grifamos)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes. 1. É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material. 2. Agravo regimental não provido.

(RE 593198 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013); (Grifamos)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CONCURSO PÚBLICO – GUARDA MUNICIPAL – ALTURA MÍNIMA – EXIGÊNCIA PREVISTA

APENAS NO EDITAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(ARE 715061 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013) (Grifamos)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA.

Concurso público. Policial militar. Exigência de altura mínima. Previsão legal. Inexistência. Edital de concurso. Restrição. Impossibilidade. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes. Agravo regimental não provido.

(RE-AgR 400.754/RO, Rel. Ministro Eros Grau, 1^a Turma – unânime. DJU 04/11/2005).

Essa orientação corrobora o que decidido por esta Corte quando do julgamento do MS 20.973, Relator o saudoso Ministro Paulo Brossard, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992, ocasião em que restou assentado que “*a acessibilidade aos cargos públicos assegurada tanto pela atual Constituição Federal (artigo 37, inciso I), como pela Carta anteriormente outorgada (artigo 97), exige tão-somente o preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei*”.

Desse modo, em respeito ao artigo 37, I da Constituição da República, que, expressamente, impõe que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*” (grifo próprio), revela-se inconstitucional toda e qualquer restrição ou requisito estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, se não houver lei disposta sobre a matéria.

Portanto, de plano, voto pela **REAFIRMAÇÃO** da jurisprudência desta Corte, para, desde já, assentar a primeira tese objetiva à luz do caso *sub examine*:

Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.

Sob outro enfoque, da mera previsão legal do requisito criado pelo Estado, não exsurge o reconhecimento automático de sua juridicidade. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras arbitrárias para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Assim, são inadmissíveis, porquanto inconstitucionais, restrições ofensivas aos direitos fundamentais, à proporcionalidade ou que se revelem descabidas para o pleno exercício da função pública objeto do certame.

Destarte, toda lei deve respeitar os ditames constitucionais, mormente quando referir-se à tutela ou restrição a direitos fundamentais, o que nos leva à conclusão de que os obstáculos **para o acesso a cargos públicos devem estar estritamente relacionados com a natureza e as atribuições das funções a serem desempenhadas.**

O tema, ressalte-se, ganha relevo quando se observa que, de um modo geral, a Administração Pública brasileira determina nos editais de

concursos públicos, especialmente naqueles específicos do âmbito militar, a possibilidade de os candidatos serem considerados inaptos, nos exames médicos, se possuírem tatuagens em seu corpo fora dos padrões estabelecidos pelo Estado.

A melhor compreensão das razões que inspiram a utilização da pigmentação definitiva no corpo humano como fator eliminatório em um concurso público, reclama tecer alguns relevantes comentários acerca de seus antecedentes históricos e sociológicos.

Arte corporal milenar, a tatuagem, introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, foi associada, no século XIX, a setores “marginais” da sociedade, como prostitutas e prisioneiros, sendo conhecida, por estes últimos, como a “flor do presídio” (GROGNARD, Catherine. *Tatouages. Tags à lâme*. Paris: Syros Alternatives, 1992). Sua associação à prática de ilícitos e a setores marginais da sociedade não é, assim, fenômeno recente.

Deveras no século XX, a tatuagem teve seu significado expandido, porém sem ser timbrada exclusivamente pelo estigma social de marginalidade. No final da década de 1960, era marca corporal comum entre roqueiros, hippies, punks e motociclistas (LE BRETON, David. *Signes d'identité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Paris: Métailié, 2002).

Nesse contexto, e como é de conhecimento geral, o imaginário social a respeito do tema tatuagem foi, inevitavelmente, acompanhado, por mais de um século, da marca de marginalidade e da delinquência. Era, deveras, entrevista como o instrumento que determinados grupos sociais detinham para romper os padrões sociais e se declarar dissidentes das regras de convivência.

No entanto, constata-se, com base em pesquisas como a do professor

de Sociologia e Antropologia da Universidade de Strasbourg, na França, David Le Breton (*Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995), que o sentido estigmatizador do uso da tatuagem começou a mudar a partir dos anos 1980.

No Brasil, apenas a partir dos anos 1990 é que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, caracterizadores da profissionalização dessa arte, com qualidade artística, que, aos poucos, foi conquistando aceitação social. A expansão da tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, e, nesse diapasão, deixou de ser identificada como marca de marginalidade, mas como obra artística (PÉREZ, Andrea Lissett. *A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade*).

Vítor Sérgio Ferreira, pós-doutor da Fundação para a Ciência e a Tecnologia no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, em artigo intitulado “OS OFÍCIOS DE MARCAR O CORPO: a realização profissional de um projecto identitário”, narra o exemplo de Portugal, país em que:

Hoje, as marcas corporais voluntárias saíram da economia marginal e informal onde estavam acantonadas, passando a integrar o mundo altamente competitivo da indústria de design corporal. Praticamente inexistentes há duas décadas atrás em Portugal, os estúdios de tatuagem e *body piercing* proliferaram na paisagem urbana do país a partir da década de 1990, instituindo uma oferta cada vez mais numerosa e profissionalizada, alimentada por uma procura maior e cada vez mais socialmente diversificada (Fortuna, 2002; Ferreira, 2004a). Se no início dos anos 90 apenas duas casas de tatuagem dividiam a clientela lisboeta (“Bad Bonnes Tatoo” e “El Diablo”), hoje são dezenas os estúdios de tatuagem e *body piercing* abertos em Portugal, já não apenas concentrados em Lisboa, mas também dispersos pelos seus arredores, bem como no restante território português.

Michele Larissa Zini Lise, em substancial pesquisa conduzida em sua dissertação de mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC – RS (*Violência na pele: considerações médicas e legais na tatuagem*. 2007. Porto Alegre) traz dados de que, no Reino Unido, estima-se que haja algo superior a 4.000 tatuadores produzindo cerca de um milhão de tatuagens por ano, enquanto na Itália, *verbi gratia*, o número pode chegar a mais de um milhão de pessoas tatuadas.

No mesmo seguimento, ressoa, deveras, oportuna a constatação oriunda de recente pesquisa ocorrida ao final de 2015 e realizada pelo *The Harris Polls* – empresa especializada em amostras de vários tópicos –, de que, atualmente, 3 em cada 10 norte-americanos possuem, pelo menos, 1 (uma) tatuagem em seu corpo, o que demonstra, ao lado do expressivo grupo de tatuados nos países, um aumento de mais de 50% se relacionado à mesma pesquisa realizada 3 anos antes em 2012.

Essas comprovações empíricas trazem a certeza de que, hodiernamente, as tatuagens, ou outras formas de marcas permanentes realizadas intencionalmente no corpo do indivíduo por sua livre escolha, passaram por intensa transformação quanto ao seu aceitamento social, de forma que, características que estigmatizavam determinados setores da sociedade, tornaram-se sinais que retratam valores, ideias e sentimentos. Hodiernamente, consistem em autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de uma marca em seu corpo.

De acordo com a Professora de Antropologia da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Débora Krischke Leitão (*Mudança de significado da tatuagem contemporânea*. Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, v.16, n. 2, mar. 2004. p. 4), quando nos referimos a uma mudança de significado da tatuagem na atualidade, “*fala-se da perda de alguns de seus sinais mais transgressivos e de sua incorporação às possibilidades estéticas*

socialmente aceitas”.

O atual viés, portanto, corrobora a completa ausência de qualquer ligação objetiva e direta entre o fato de um cidadão possuir tatuagens em seu corpo e uma suposta conduta atentatória à moral, aos bons costumes ou ao ordenamento jurídico. Como anteriormente dito, a opção pela tatuagem relaciona-se, diretamente, com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX). Assim, ninguém pode, ressalvadas hipóteses muito excepcionais que mais adiante serão expostas, ser punido por tal fato, sob pena de flagrante ofensa aos mais diversos princípios constitucionais inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, destaca-se a possível vulneração ao princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º, *caput*⁴, da Constituição da República, que preconiza a isonomia dos cidadãos sob o crivo do nosso ordenamento jurídico. Tal mandamento, todavia, deve ser interpretado *cum grano salis*, mormente porque não se veda ao legislador o tratamento desigual que porventura possa ser empregado a determinada parcela do corpo social, **mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis.**

Não é demasiado afirmar que a vida em sociedade, por si, tem o condão de fazer exsurgir condições desiguais entre os indivíduos. Seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. O Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípuo o implemento de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

O fundamento da isonomia tem como destinatário não só a sociedade, como, também, o próprio legislador, uma vez que é vedada a elaboração de norma que estabeleça privilégios ou restrições injustificadas a alguém.

O reconhecimento de que este princípio não se resume ao tratamento igualitário em toda e qualquer situação se faz impositivo. Dentro deste preceito, há espaço para tratamento diferenciado entre indivíduos diante da particularidade de situações, desde que o critério distintivo seja pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável. Sobre o tema, assim discorre Manoel Gonçalves (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2001, p. 277):

O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias. Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.

Consequentemente, o tratamento diferenciado só é justificável, quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualdade milita em prol da própria isonomia.

É o caso, *exempli gratia*, da controvérsia jurídica acerca da constitucionalidade de restrições de idade ou de altura mínima de candidatos que concorrem a determinados cargos, empregos ou funções públicas – especialmente daqueles ligados a atividades de segurança pública e militar. A uníssona jurisprudência dessa Corte, recentemente reafirmada no Plenário Virtual, firmou-se no sentido de que, desde que previsto em lei, o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público é constitucional quando manifestamente justificado pela natureza das atribuições do cargo.

Nesse sentido, o teor do enunciado nº 683 da Súmula da jurisprudência dominante neste Pretório Excelso: *O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido; e a ementa do julgamento da repercussão geral do tema (art. 323-A do RI/STF), verbis:*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO
PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL.
POLICIAL CIVIL. ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR
PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO
DE JURISPRUDÊNCIA.

(ARE 678112 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em
25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO
GERAL - MÉRITO DJe 17-05-2013)

É cediço que há, ainda, restrições à investidura em cargos públicos estampadas na própria Constituição da República, que estabelece, *v. g.*, idade mínima, idade máxima e nacionalidade para a nomeação de determinados agentes políticos (*e. g.*, CRFB/88, art. 14, § 3º), sem que isso ofenda, de maneira alguma, o princípio da isonomia, à luz da unidade da Constituição quanto regra exegética assentada.

Consectariamente, a lei que restringe o acesso a cargo público somente se revela constitucional, caso plenamente justificável para o pertinente desempenho das atividades do servidor.

A doutrina, nessas hipóteses, apoiada no sistema jurídico vigente, adotou a teoria da chamada **desigualdade justificada**. Para simplificar essa análise, utilizamos os critérios adotados por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo:

Malheiros Editores, 2001, p. 21):

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles. (grifo próprio).

Segundo esse parâmetro jusfilosófico, cumpre aferir, em primeiro lugar, o denominado *fator de desigualdade*. Esse elemento deve ser passível de reproduzir-se em indivíduos diferentes, ou seja, não pode ser característica que singularize perpetuamente seu destinatário. Quanto mais singularizado, mais próximo à irreprodutividade estará o citado fator.

O primordial deste ponto é que a norma não pode ser específica de forma a direcionar-se a pessoa certa e determinada. Ainda que trate de característica não generalizada, ou seja, voltada a um número inferior de destinatários, é necessário que ostente, de certa forma, uma generalidade, podendo ser atribuída a sujeitos da mesma classe, ainda, desconhecidos.

Impende destacar que o princípio da isonomia veda tanto a perseguição, com a imposição de gravame injustificável a um indivíduo ou grupo determinado, quanto o favorecimento de alguém nessas mesmas circunstâncias.

Outro aspecto relativo ao fator de desigualdade é a inadmissibilidade de que este não se encontre na própria pessoa. O objeto do discrimen deve, necessariamente, residir em circunstância fática objetiva alvo da norma. Isso ocorre pelo seguinte motivo: um fator que não acarrete

alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais. Características tais como o sexo, localização espacial, idade, raça, etc., quando não relacionados diretamente com a razão da distinção, não podem justificar a aplicação de norma específica.

O acima exposto atrai a análise da denominada *correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida*. Este ponto é, talvez, o mais importante para a análise de afronta ou não à isonomia. Para a verificação da validade da norma, o relevante é perquirir a justificativa plausível para o regime de tratamento diverso em situações com aparente condições de igualdade.

O tratamento desigual empregado deve estar diretamente associado ao motivo de sua necessidade, sendo certo que sua utilização injustificada é vedada. Neste contexto, trago a colação as diretrizes de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3^a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 38), quando afirma que:

(...) no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Na sequência, quanto à *consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição* se faz necessário compreender que, tendo em vista que nossa Carta Magna tutela a igualdade dos indivíduos, é imprescindível que, nos casos em que incidente a diferenciação dos mesmos, haja uma justificativa, também, acobertada pela Constituição.

A legitimidade de diferenciações jurídicas não exige propriamente uma correlação lógico-formal entre o critério de diferenciação e o tratamento díspar estabelecido, o que se quer, na verdade, é uma

adequada correlação valorativa acerca da razoabilidade da medida (*substantive due process of law*).

Ao fim e ao cabo, serão inconstitucionais as discriminações injustificadas, o que se verifica pela presença de elementos arbitrários no conteúdo intrínseco da norma analisada.

Sobre o tema, atualíssima a doutrina de Hans Kelsen (*Teoria pura do Direito*. Tradução Ch. Eissenmann. 2^a ed, Paris, 1962, p. 190):

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles (...)

Leciona a Min. Cármem Lúcia (*Princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990. p. 118), em sede doutrinária, que:

O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.

In casu, evidencia-se a ausência de razoabilidade da restrição dirigida ao candidato de uma função pública pelo simples fato de possuir tatuagem, posto medida flagrantemente discriminatória e carente de qualquer justificativa racional que a ampare. Assim, o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não, não pode ser tratado pelo Estado como parâmetro discriminatório quando do deferimento de participação em concursos de provas e títulos para ingresso em uma carreira pública.

É dizer, inexiste a correlação na diferenciação ora *sub examine* e os ditames constitucionais. Consoante delimitado, a citada restrição, no caso, não se revela amparada por razão lógica e necessária, decorrendo de arbitrariedade administrativa sem qualquer imbricação com as funções desempenhadas, posto não concretizar conduta contrária à imagem e aos valores de instituições públicas, qualquer que seja o conceito que a eles se queira atribuir. Dito de outro modo, inexiste qualquer relação de pertinência entre a proibição de possuir tatuagem e as características e peculiaridades inerentes à função pública a ser desempenhada pelo candidato. Um policial não é melhor ou pior nos seus afazeres públicos por ser tatuado.

Vale destacar que a tatuagem, nos dias presentes, disseminou-se pela sociedade brasileira, sendo extremamente corriqueira entre pessoas das mais diferentes classes, gêneros e profissões. Como salientado linhas acima, ocorreu uma profunda mudança de seu significado em três principais aspectos: (i) no passado, os usuários restringiam-se a uma população marginal e, agora, abrangem todas as classes sociais; (ii) o próprio tatuador, que inicialmente era amador, passa, agora, a ser um profissional altamente especializado e, principalmente; (iii) a percepção da sociedade das pessoas tatuadas, que anteriormente eram discriminadas e execradas pela sociedade, e, hodiernamente, são encaradas como pessoas que exercem o seu direito de se expressar por meio da pigmentação definitiva de seus corpos.

Mister, portanto, superar a conclusão do antagonismo equivocado entre o fato de ser tatuado e a competência e disponibilidade de produção nos cargos públicos. Não há espaço, atualmente, para a exclusão de um concurso de determinada pessoa que quer e pode exercer sua liberdade de expressão por meio de uma tatuagem.

Nessa linha, resta claro, de plano, que, no contexto da sociedade democrática brasileira pós-88, descentrada, plural e multicultural, a mera

circunstância de um candidato possuir tatuagens não pode ser fato que acabe por influir na sua capacidade para o desempenho das atividades de um cargo público, e, *a fortiori*, que constitua óbice para o acesso ao serviço público. A hipótese encaixa-se, perfeitamente, nos dizeres de Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1857, p. 424), *verbis*: “*qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania*”.

Por isso, não há, numa séria e detida abordagem constitucional calcada nos princípios da liberdade e da igualdade, justificativa para que, em pleno século XXI, a Administração Pública e a sociedade visualizem, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade e de inaptidão física para exercer determinado cargo público.

Ao mesmo tempo, porém, não se pode admitir uma visão lúdica e dissociada por completo da realidade do *thema decidendum*.

Com efeito, tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que preguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, podem obstaculizar o acesso a uma função pública e, eventual restrição nesse sentido não se afigura desarrazoada ou desproporcional.

Assim, sem prejuízo de a presença de uma tatuagem não ter aprioristicamente correlação alguma com a capacidade de um cidadão de ocupar um cargo na Administração, é cediço que alguns tipos de pigmentações podem simbolizar ideias, valores e representações inaceitáveis sob uma ótica plural e republicana e serem, *pour cause*, capazes de impossibilitar o desempenho de uma determinada função pública.

A opção do cidadão, exteriorizada de forma livre e deliberada, por tatuar ideias e/ou símbolos largamente repudiados pela sociedade, demonstra uma adesão a ideais totalmente incompatíveis com a própria função pública. Tatuagens que, *verbi gratia*, representam formas obscenas, que fazem referência a organizações ou condutas criminosas (*v.g.*, “157”, em referência ao crime de roubo; “121”, em referência ao tipo do homicídio), ou que denotem condutas inaceitáveis sob o prisma da dignidade humana, como as de incentivo ao ódio, à discriminação, ao racismo e ao sexismo, exorbitam do que é aceitável de quem é remunerado para servir a uma sociedade plural sociedade.

A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada e incentivada em grau máximo pelo Estado, sendo de destaque o papel que incumbe ao Poder Judiciário nessa missão. Por outro lado, a tatuagem reveladora de um simbolismo ilícito e incompatível com o desempenho da função pública pode mostrar-se inaceitável. Um policial não pode exteriorizar sinais corporais, como tatuagens, que conflitem com esta *ratio*, como, a título de ilustração, tatuagens de palhaços, que significam, no ambiente marginal, o criminoso que promove o assassinato de policiais.

Nesses casos, a experiência de outros países permite evidenciar não só a relevância dessa questão, mas, também, que o elemento cultural exerce importante e decisiva influência, como denotam algumas normas oriundas do Direito Comparado.

No sistema norte americano, é amplamente conhecido que a intensa tutela ao direito fundamental à liberdade de expressão foi incorporada em 1791 pela famosa e cultuada Primeira Emenda (*Amendment I*) da Constituição dos Estados Unidos, que assim dispõe:

O Congresso não deve fazer qualquer lei a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o

direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.⁵

Ocorre que, a despeito do elevado valor atribuído a tal liberdade, o prestígio dispensado à figura do militar e da autoridade policial nos Estados Unidos também é um elemento cultural, deveras, relevante, de sorte que há muito debate acerca do uso de tatuagens por militares e policiais.

O *U.S. Army Regulation 670-1* (Section 1.8 Page 3)⁶ proíbe, por

5 Tradução livre do original: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*

6 Army Regulation 670-1 (Uniform and Insignia - Wear and Appearance of Army)

Found in Section 1.8 Page 3

(...)

e. Tattoo policy

(1) Tattoos or brands anywhere on the head, face, and neck above the class A uniform collar are prohibited.

(2) Tattoos or brands that are extremist, indecent, sexist, or racist are prohibited, regardless of location on the body, as they are prejudicial to good order and discipline within units.

(a) Extremist tattoos or brands are those affiliated with, depicting, or symbolizing extremist philosophies, organizations, or activities. Extremist philosophies, organizations, and activities are those which advocate racial, gender or ethnic hatred or intolerance; advocate, create, or engage in illegal discrimination based on race, color, gender, ethnicity, religion, or national origin; or advocate violence or other unlawful means of depriving individual rights under the U.S. Constitution, Federal, or State law (see para 4-12, AR 600-20).

(b) Indecent tattoos or brands are those that are grossly offensive to modesty, decency, or propriety; shock the moral sense because of their vulgar, filthy, or disgusting nature or tendency to incite lustful thought; or tend reasonably to corrupt morals or incite libidinous thoughts.

(c) Sexist tattoos or brands are those that advocate a philosophy that degrades or demeans a person based on gender, but that may not meet the same definition of "indecent."

(d) Racist tattoos or brands are those that advocate a philosophy that degrades or demeans a

RE 898450 / SP

exemplo, tatuagens na cabeça, no rosto e na parte do pescoço acima do colarinho do uniforme. Além disso, independentemente da parte do corpo, são proibidas tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, tais como as que sejam referências indecentes, de violência de gênero, racistas e extremistas, bem como as maquiagens ou artifícios que tentem encobrir as tatuagens feitas em partes do corpo não autorizadas. Em mudança recente no regulamento supracitado, operada em 10.04.2015, restou definido que não haveria mais limites quanto ao tamanho e à quantidade de tatuagens que os soldados do Exército poderiam ter nos braços e pernas, desde que elas se mantivessem cobertas pelo uniforme⁷.

Por outro lado, em recente atualização de suas regras sobre o tema, ocorrida em 31 de março de 2016, a Marinha norte-americana seguiu a tendência mundial de permitir que seus servidores possuam tatuagens visíveis, continuando a proibir, apenas, tatuagens racistas, sexistas, extremistas, indecentes, preconceituosas ou que atentem contra a Instituição. A novel Instrução⁸ (NAVADMIN 082/16), que entrou em vigor em 30 de abril de 2016, permite aos marinheiros uma tatuagem em seu pescoço, além de liberar tatuagens, sem restrição de tamanho ou quantidade, nos braços e nas pernas.

Em comunicado oficial, a Marinha norte-americana apontou, como justificativa para as alterações, que:

person based on race, ethnicity, or national origin.

(...)

(5) Existing tattoos or brands on the hands that are not extremist, indecent, sexist, or racist, but are visible in the class A uniform (worn with slacks/trousers), are authorized.

(...)

(7) Soldiers may not cover tattoos or brands in order to comply with the tattoo policy.

7 Disponível em: https://www.army.mil/article/146268/Revised_uniform_policy_changes_rules_for_tattoos_wear_of_combat_uniform. Acesso em 23/06/2016.

8 http://www.navy.mil/submit/display.asp?story_id=93938

"A atualização de nossas políticas é uma resposta ao aumento da popularidade das tatuagens entre os marinheiros e a população da qual a Marinha alista seus recrutas. Também serve para assegurar que a Marinha não perde oportunidades de alistar jovens homens e mulheres talentosos que desejam servir"⁹.

Outro exemplo interessante é o caso da Alemanha, em que se verifica a existência de restrições quanto ao ingresso nas forças policiais, tanto no que diz respeito a tatuagens que não sejam cobertas pelos uniformes, tanto em relação as que fazem apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais. No âmbito federal, constata-se, nas informações relativas ao processo de recrutamento e admissão da *Bundespolizei*¹⁰, que, como regra:

Quando vestindo o uniforme - exceto quando estiver praticando esporte no serviço - não deve ter tatuagens visíveis, Mehndis (tatuagens de henna) e similares. Se as tatuagens ou similares não estiverem completamente cobertos pelos uniformes usados, eles devem ser cobertos de forma adequada e discreta¹¹.

O mesmo se dá em Portugal¹², cujas informações para recrutamento de soldados para o exército assenta que:

9 Tradução livre do original em inglês: *This policy update is being made in response to the increased popularity of tattoos for those currently serving and in the population from which the Navy draws its recruits. It is also meant to ensure the Navy does not miss opportunities to bring in talented young men and women who are willing to serve.*

10 <https://www.komm-zur-bundespolizei.de/bewerben/auswahlverfahren/>

11 Tradução livre do original em alemão: Aus diesem Grund gilt: Beim Tragen der Dienstkleidung - ausgenommen beim Dienstsport - dürfen Tätowierungen, Brandings, Mehndis (Henna-Tattoos) und Ähnliches nicht sichtbar sein. Sofern sie durch die getragene Dienstkleidung nicht vollständig verdeckt werden, sind sie in geeigneter und dezenter Weise abzudecken.

12 <http://www.exercito.pt/sites/recrutamento/Paginas/CidadaoInfoUteis.aspx>

Apresentação e atavio

Masculino: (...)

Não são permitidos brincos, "piercings", tatuagens ou outras formas de arte corporal que sejam visíveis, quando uniformizado.

De volta ao contexto brasileiro, marcado por sua heterogeneidade, é forçoso concluir que o fato de o candidato possuir tatuagens pelo corpo não macula, por si, sua honra pessoal, o profissionalismo, o respeito às Instituições e, muito menos, lhe diminui a competência. Assim, as tatuagens não podem, em uma análise meramente estética, ser inseridas no rol dos critérios para o reconhecimento de uma inaptidão. Cuida-se, na maioria dos casos, de uma idiossincrasia preconceituosa que não encontra amparo na realidade.

Eventual restrição só se justifica, caso seja necessária à finalidade que ela pretende alcançar e à natureza do cargo público. Nesse sentido, o contexto brasileiro, marcado pelo multiculturalismo, apenas aceita a eliminação de candidatos com fundamento na simbologia do desenho e nas finalidades e valores institucionais e constitucionais envolvidos, não sendo justificável estabelecer restrições com amparo na parte do corpo em que a pigmentação se encontra (visível ou invisível em relação ao traje de trabalho), como ocorre em Portugal e na Alemanha.

A tatuagem, desde que não expresse ideologias terroristas, extremistas e contrárias às instituições democráticas, que incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação ou preconceitos de raça e sexo, ou qualquer outra força de intolerância, é compatível com o exercício de qualquer cargo público.

No ordenamento jurídico pátrio, vale destacar a existência de diversas leis sobre o tema no âmbito das Forças Armadas, direcionadas

especificamente para a Marinha¹³, Aeronáutica¹⁴ e Exército¹⁵, e que proíbem, apenas, tatuagens ofensivas a determinados valores institucionais ou que representem ofensa à ordem pública.

Quanto à lei específica do Exército, Lei nº 12.705/2012, nota-se a existência de voto da Presidência da República ao critério proposto de restrição ao ingresso de candidatos portadores de tatuagens que “*pelas suas dimensões ou natureza, prejudiquem a camuflagem e comprometam as operações militares*” (Lei nº 12.705/2012, art. 2º, VIII, “b”). Interessante é que a justificação para o voto amparou-se na hodierna orientação de que “*quanto à apresentação de tatuagens, o discrimen só se explica se acompanhado de parâmetros razoáveis ou de critérios consistentes para sua aplicação*”.

De todo modo, não está em jogo a legitimidade da opção individual e livre de cada um de se tatuar, que deve ser respeitada por todos, e, em maior extensão, pelo Estado. Sob outro prisma, diversamente do que ocorre na esfera privada, os agentes públicos se submetem a um conjunto de regras estatutárias e princípios próprios, e, mercê da teoria do órgão, exteriorizam a figura e vontade do Estado.

13 Lei nº 11.279/2006 – Art. 11-A, XII: XII - não apresentar tatuagem que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando da Marinha, faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas;

14 Lei nº 12.464/2011 - Art. 20, XVII - não apresentar tatuagem no corpo com símbolo ou inscrição que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das Forças Armadas que faça alusão a: a) ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas ou que pregue a violência ou a criminalidade; b) discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem; c) ideia ou ato libidinoso; e d) ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas ou à sociedade;

15 Lei nº 12.705/2012 – Art. 2º, VIII - não apresentar tatuagens que, nos termos de detalhamento constante de normas do Comando do Exército: a) faça alusão a ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas, a violência, a criminalidade, a ideia ou ato libidinoso, a discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem ou, ainda, a ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas; b) (VETADO);

Em sintonia com a tese, merece transcrição parte do parecer do Ministério Público Federal, que assentou:

O fato de um candidato possuir, na pele, marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitivo não inviabiliza nem dificulta minimamente o desempenho de qualquer tipo de função, pública ou privada, manual ou intelectual, de modo a incidir, na hipótese, a vedação expressa no artigo 3º da Constituição Federal. Pensar contrariamente seria o mesmo que admitir que uma mancha ou sinal geneticamente adquirido poderia impedir alguém de seguir a carreira militar.

O que poderia ocorrer, em tese, seria a inadequação do candidato cuja tatuagem implicasse ofensa à lei (e não aos “bons costumes” ou à moral).

Também nesse sentido, a União, admitida no processo na qualidade de *amicus curiae*, trouxe aos autos a seguinte manifestação, *verbis*:

Nessa linha, a mera circunstância de um candidato possuir na pele marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitiva, por não influir em sua capacidade para o desempenho das atividades do cargo, não pode, a princípio, constituir óbice para o acesso ao serviço público (...)

É necessário, todavia, distinguir, como também o faz a PGR, determinadas hipóteses, na quais o conteúdo ou a mensagem transmitida pela tatuagem ou marca são manifestamente incompatíveis com os valores éticos e sociais da atividade a ser desempenhada pelo seu detentor.

Conclui-se, portanto, que o critério de exclusão de um certame sob o fundamento da visibilidade de uma tatuagem não possui, por si, qualquer amparo constitucional, na medida em que não cumpre a imperiosa missão de auxiliar na aferição da capacidade de atuação do candidato no cumprimento de seu futuro mister. Apenas justifica-se a

restrição, sem prejuízo do inafastável *judicial review*, em relação àquelas pigmentações definitivas que façam apologia a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, mormente porque evocam ideais e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições.

Findando os comentários a respeito das teses objetivas deste voto, cumpre relembrar brilhante passagem do memorável filósofo italiano Norberto Bobbio (*O terceiro ausente*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP, 2009, p. 93), quando pontifica que:

O processo de justiça é um processo ora de diversificação do diferente, ora de unificação do idêntico. A igualdade entre todos os seres humanos em relação aos direitos fundamentais é o resultado de um processo de gradual eliminação de discriminações, e portanto de unificação daquilo que ia sendo reconhecido como idêntico: uma natureza comum do homem acima de qualquer diferença de sexo, raça, religião, etc.

O Estado não pode encarar a liberdade de expressão como algo absoluto, porque não o é, mas, também, não está autorizado a impedir que um cidadão exerça uma função pública, mormente quando tiver sido aprovado em um concurso público, pelo fato de ostentar, de forma visível ou não, uma pigmentação definitiva em seu corpo que simbolize alguma ideologia, sentimento, crença ou paixão. Independentemente de ser visível ou do seu tamanho, uma tatuagem não é sinal de inaptidão profissional, apenas podendo inviabilizar o desempenho de um cargo ou emprego público, quando exteriorizar valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida (como na hipótese, *verbi gratia*, de um candidato ao cargo policial que possua uma tatuagem simbolizando uma facção criminosa ou o desejo de assassinato de policiais), incitação à violência iminente,

ameaças reais ou representar obscenidades.

Nunca é demais rememorar que, nos Estados Unidos, essas manifestações desarrazoadas estão fora da tutela proporcionada pela Primeira Emenda que assegura a liberdade de expressão. Especificamente quanto ao significado do que seria obscenidade, são seguros os critérios apontados pela Suprema Corte norte-americana no famoso aresto *Miller vs. Califórnia* de 1973 [413 U.S. 15 (1973)]. Nele, a Corte Constitucional dos Estados Unidos apontou que um ato será obsceno quando preencher três condições, desenhadas como os parâmetros do *Miller-Test*, a saber: um ato será obsceno quando: **i)** o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; **ii)** quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável; **iii)** quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico¹⁶.

No que diz respeito à violência iminente, uma tatuagem pode obstaculizar o ingresso em um cargo público quando tiver o condão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que a doutrina denomina de “*fighting words*”. Palavras que estimulam o emprego imediato da violência não podem ser abrigadas sob o manto da liberdade de expressão, e podem ser combatidas pelo Estado, bem como originar efeitos danosos para quem as utilizar. Além de serem capazes de originar um dano à sociedade, não expressam ideias ou possuem um valor social digno de tutela. Uma tatuagem contendo, por exemplo, a expressão “morte aos menores de rua” se encaixa perfeitamente neste contexto de “*fighting words*” e não pode ser aceita pelo estado, muito menos por quem pretenda ser agente público.

Nesse pormenor, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, que foi internalizado em nosso país pelo Decreto nº 592 de 1992, estipula em seu

16 Os parâmetros foram objeto de uma tradução livre do inglês. Texto original: 1.

Whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest;

art. 20 que “*Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência*”. Cuida-se, assim, de uma nítida e legítima restrição à liberdade de expressão amparada por documento celebrado internacionalmente.

As restrições estatais de acesso ao exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade. Na avaliação de Friedrich Müller, consagrado professor da universidade de Heidelberg na Alemanha, existe no Estado de Direito uma presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica por ele empregada “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), lógica que é corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*)¹⁷. Tais limitações não podem submeter o tão caro “direito ao livre desenvolvimento da personalidade” a idiossincrasias ou a conservadorismos morais descabidos. Sob o prisma da sociedade, e aí já não mais exclusivamente do indivíduo, existe o direito de livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública. Democracia não se restringe ao direito de eleger o ocupante do poder, mas compreende o de participar ativamente da formação de ideias na sociedade, o que pode se materializar por meio de uma tatuagem. Na arguta percepção de Daniel Sarmento a respeito da relevância da tolerância na sociedade contemporânea:

(...) numa sociedade plural, marcada por um amplo desacordo moral, a tolerância é uma virtude fundamental, não só para a garantia da estabilidade como para a promoção da justiça. (...) Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez

17 Apud LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 321.

mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas¹⁸.

O desejo de se expressar por meio de pigmentações definitivas no corpo não pode ser inibido pelo Estado por meio da criação de obstáculos de acesso a cargos públicos. E a previsão desse rigoroso e injusto obstáculo na porta de entrada para o serviço público, que implica a eliminação equivocada de candidatos que, também, podem ser sérios, competentes e bem classificados na disputa, faz com que, na prática, o cidadão só insira as tatuagens em seu corpo após ter ingressado no cargo ou emprego público. Dois pesos duas medidas: quem entra não pode ostentar determinadas tatuagens, mas depois que o indivíduo já está na função pública, desaparece a preocupação estatal com essa matéria, o que corrobora a assertiva lógica de que tatuagem não é sinal de incompetência. Assim, sob o prisma consequencialista a restrição de acesso à função pública em razão da existência de tatuagens também não se justifica.

O Estado não pode querer desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente, ainda que por imagens estampadas definitivamente em seus corpos. O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito e exsurge como condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social. A liberdade implica, no dizer de José Adércio Leite Sampaio, a não intromissão e o direito de escolha¹⁹. Em relação à não intromissão, há um espaço individual sobre o qual o Estado não pode interferir, na medida em que representa um sentido afirmativo da personalidade. Nesse contexto, cada indivíduo tem

18 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006, p. 243.

19 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à Intimidade e à Vida Privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 264.

o direito de preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo, o que ocorreria, caso fosse admitida como fator impeditivo à assunção de funções públicas.

A dogmática também reforça as conclusões propugnadas neste voto. De acordo com os ensinamentos de Antonio Enrique Pérez Luño, o texto constitucional deve, sob uma perspectiva defendida por Peter Häberle e John Hart Ely no que tange à correta exegese dos direitos fundamentais, ser interpretado de modo a fomentar a democracia e o pluralismo, *verbis*:

Las teorías de Häberle y Ely tienen como común denominador su voluntad de possibilitar una interpretación de la constitución y de los valores y derechos fundamentales puesta al servicio de la democracia y del pluralismo²⁰.

Pelo exposto, proponho que este Tribunal assente a seguinte tese objetiva em sede de Repercussão Geral:

Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

Do Caso Concreto

Bem delimitada essas premissas genéricas objetivas, **passo à análise do caso concreto.**

Na hipótese dos autos, tem-se uma constatação interessante. Após o reconhecimento da Repercussão Geral deste tema, em 28/08/2015, a notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal, só nos últimos

20 LUNO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Madrid: Tecnos, 1984, p. 313.

RE 898450 / SP

meses de 2015, teve o interesse de 49.440 internautas²¹ Foi a segunda matéria mais acessada no sítio eletrônico do STF no ano de 2015. Nas redes sociais, também, a citada notícia encontrou forte repercussão, e sob um viés digno de registro: a indignação, da maior parte da sociedade, ao tomar ciência de que, até os dias atuais, vários editais, ainda, insistem na anacrônica restrição de acesso àqueles que possuem tatuagens, independentemente de seu conteúdo.

O caso *sub examine*: Recurso Extraordinário interposto por Henrique Lopes Carvalho da Silveira, com fulcro no art. 102, III, “c”, da Constituição da República, objetiva a reforma da decisão que inadmitiu seu Recurso Extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA - Concurso para preenchimento de vaga de soldado da polícia militar - Restrições a tatuagens - Previsão existente no 5. - Na hipótese, a tatuagem do impetrante se enquadra na restrição existente no edital - Recurso provido.

Noticiam os autos que Henrique Lopes Carvalho da Silveira impetrou mandado de segurança em face do Diretor do Centro de Seleção, Alistamento e Estudos de Pessoal da Policia Militar do Estado de São Paulo, por tê-lo excluído de concurso público para o preenchimento de vagas de Soldado PM de 2ª Classe do referido ente da federação. Alega que sua desclassificação se deu pelo fato de que, na etapa do exame médico, foi constatado que possui uma tatuagem em sua perna esquerda, que, segundo a autoridade apontada como coatora, estaria em desacordo com as normas do edital do concurso.

Concedida a segurança, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o cabível recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela inversão do

21 <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=307256&caixaBusca=N>; (acesso em 26/05/2016)

julgado. Asseverou, na oportunidade, que o edital estabeleceu, de forma objetiva, os parâmetros para que fossem admitidos candidatos que ostentassem tatuagens, aos quais o apelado não se enquadraria.

Em sede de apelação, o c. Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prover o recurso e denegar a segurança, salientou, por maioria, que o edital é a lei do concurso e que a restrição em relação à tatuagem encontra-se, expressamente, prevista em sua disposição 5.4.8, de modo que os candidatos que se inscreveram no processo seletivo a teriam aceitado incondicionalmente. O citado edital DP 002/321/2008 previu as seguintes condições:

5.4. Dos Exames Médicos:

5.4.1. Os exames de saúde, também de caráter eliminatório, serão realizados por Junta Médica indicada pelo Chefe do Centro Médico e nomeada pelo Diretor de Pessoal, denominada Junta de Saúde-1 (JS-1), com critérios estabelecidos pelo Departamento de Perícias Médicas daquele Centro e aprovados pelo Comandante Geral da Polícia Militar;

5.4.2. O candidato será submetido a exame médico geral e exames laboratoriais (sangue e urina);

5.4.3. Exame Clínico Geral: [...]

5.4.5. Exame odontológico: [...]

5.4.6. Exame oftalmológico: [...]

5.4.7. Exame otorrinolaringológico: [...]

5.4.8. Os candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados:

5.4.8.1. a tatuagem não poderá atentar contra a moral e os bons costumes;

5.4.8.2. deverá ser de pequenas dimensões, sendo vedado cobrir regiões ou membros do corpo em sua totalidade, e em particular região cervical, face, antebraços, mãos e pernas;

5.4.8.3. não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calcão azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento

de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo (R-5-
PM); (Grifamos)

O Tribunal local prossegue afirmando que quem faz tatuagem tem ciência de que estará sujeito a esse tipo de limitação e, ainda, que a disciplina militar engloba, também, - e principalmente - o respeito a regras. Ao pretender iniciar sua carreira questionando um preceito imposto a todos de modo uniforme, já estaria, segundo o aresto impugnado, iniciando mal a sua relação com o serviço público (fls. 5 do acórdão recorrido).

Irresignado, o candidato interpôs Recurso Extraordinário. Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso II, e 37, *caput* e incisos I e II, da Constituição da República. Pleiteia a reforma do julgado sob o argumento de inconstitucionalidade do edital, que criou hipótese de exclusão do certame sem respaldo no texto constitucional e em direta afronta aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

De plano, cumpre advertir que o fato de o edital criar um laime jurídico entre as partes e de ser confeccionado de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa, como ressaltado pelo acórdão recorrido, não o torna imune à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de a discricionariedade administrativa transmudar-se em arbitrariedade da Administração.

Nesse ponto, pela análise do contexto normativo aplicável, *in casu*, verifica-se que a reprovação do candidato se deu pela constatação da existência de tatuagem na perna direita do impetrante – “Tribal, medindo 14 x 13 cm” -, tendo concluído o laudo médico que “o candidato em questão apresenta tatuagem de grande dimensão na perna direita, que visível quando da utilização de uniformes da Corporação. Foi avaliado pelo médico psiquiatra, integrante da JS/1, que o considerou inapto por ferir o edital em relação ao

grande porte e em locais visíveis quando da utilização de uniforme de educação física” (fl. 100).

Com efeito, da análise dos fatos trazidos, verifica-se que o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas nesta repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que implicasse ofensa ao ordenamento jurídico e à Instituição militar.

Destaque-se que, no caso concreto, não existe lei no sentido formal e material no ordenamento jurídico local que pudesse ser invocada para a existência da restrição editalícia que motivou a exclusão do recorrente do certame. As disposições legais e administrativas invocadas (LC estadual nº 697/92 - SP, e Decretos nº 41.113/96 e nº 42.053/1997, ambos de SP) não trazem qualquer critério de exclusão de candidatos que ostentem tatuagens, sendo inovação contida, apenas, no edital do concurso.

Assim, não bastasse a ausência de previsão legal, que por si só já aclamaria o provimento do recurso, também se constata a inconstitucionalidade da norma editalícia em questão.

Com efeito, as tatuagens existentes na perna do recorrente - “*Tribal, medindo 14 por 13 cm*” (fl. 134) – não afetam a honra pessoal, o pudor ou o decoro exigido dos militares para o provimento de qualquer outro cargo público, mormente por não representar ideologias criminosas, ilegais, terroristas ou extremistas, contrárias às instituições democráticas ou que preguem a violência e a criminalidade, discriminação ou preconceitos de raça, credo, sexo ou origem, ideias ou atos libidinosos.

Portanto, adaptando-se o acórdão recorrido integralmente às teses fixadas neste Recurso Extraordinário, resta clarividente o direito do

recorrente de ver seu apelo extremo prosperar.

Ex positis, de acordo com os fundamentos acima delineados, impõe-se a reforma do que decidido pelo acórdão recorrido.

Concluindo, Senhor Presidente, **DOU PROVIMENTO** ao Recurso Extraordinário e proponho que o Tribunal afirme as seguintes teses objetivas em sede de repercussão geral:

1. Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material.
2. Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

É como voto.