



Conversa Constitucional

por Saul Tourinho Leal

ANÁLISE

Jéssica Guedes, Acadêmica de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

RE 898.450/SP (min. Luiz Fux): Henrique Lopes x Estado de São Paulo

Tema 838: *"Constitucionalidade da proibição, contida em edital de concurso público, de ingresso em cargo, emprego ou função pública para candidatos que tenham certos tipos de tatuagem em seu corpo."*

1. Aspectos processuais formal

O Recorrente, Henrique Lopes, interpôs Recurso Extraordinário em face do Estado de São Paulo. A União participou da ação como *amicus curiae*. A relatoria é do ministro Luiz Fux. A repercussão geral do caso foi reconhecida em agosto de 2015.

Na origem, o caso questiona norma editalícia do certame da Polícia Militar que contém as seguintes previsões: *"os candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados os seguintes critérios: a) a tatuagem não poderá atentar contra a moral e os bons costumes; b) 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; c) não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calção azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo."*

2. Síntese do caso

A ação, na origem, era um Mandado de Segurança, no qual o Impetrante questionava o edital do concurso da Polícia Militar do Estado de São Paulo. O Impetrante foi aprovado nas provas teóricas e no teste físico para o cargo de Soldado da PM de 2ª Classe, no qual optou pela carreira no Corpo de Bombeiros. Porém, ao realizar exame de saúde, uma das etapas eliminatórias previstas pelo edital, o Autor foi desclassificado por possuir a tatuagem de um mago na perna direita.

A cláusula editalícia continha disposição expressa sobre a avaliação imposta para candidatos que ostentassem tatuagens. Para ser aprovado no exame de saúde, a tatuagem precisava seguir os seguintes critérios: 1º) ser pequena e não cobrir totalmente qualquer membro do corpo, especialmente mãos, antebraços, pernas, face e região cervical; 2º) não pode ser visível quando do uso do uniforme de treinamento que é composto por camiseta meia manga, calção e meia e 3º) não deve ir contra a moral e os bons costumes.

O Autor impetrou MS alegando adequação da tatuagem ao edital e a impossibilidade da Administração criar normas de restrição de acesso ao serviço público sem prévia previsão legal. Na primeira instância, a magistrada concedeu a segurança alegando a contrariedade do edital ao art. 37 da Constituição Federal e a falta de razoabilidade. Em sede de apelação, o Tribunal reformou a sentença. O principal fundamento do TJSP foi a previsão do edital que previa a exclusão do certame nos casos de tatuagens fora dos padrões supracitados.

O Autor, no recurso extraordinário, argumenta que a determinação do edital apresenta restrição subjetiva para possuidores de tatuagem gerando discriminação e, conseqüentemente, violação aos princípios da isonomia e razoabilidade. O Autor também aponta a falta de reserva legal que fundamenta a previsão contestada. Em contrarrazões, o Estado de São Paulo alegou que o edital do certame é compatível com as normas estaduais. Afirmou, ainda, que ao se inscrever no concurso público, o recorrente anuiu às condições estipuladas no ato normativo.

3. Atividade Legislativa

A Câmara dos Deputados tem um Projeto de Lei em tramitação sobre o assunto, a saber: PL 6298/2013. O Senado Federal não possui nenhuma proposta sobre o tema.

O PL 6298/2013, de autoria do Deputado Ruy Carneiro, veda adoção de tratamento discriminatório, com base em critérios meramente estéticos, para investiduras em cargos públicos. O presente PL está apensado ao PL 252/2003, que versa sobre normas gerais relativas a concursos públicos, e, desde 2013, se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

4. Parecer do Ministério Público

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso. A PGR argumentou que não existe previsão legal que determine a desclassificação de candidato possuidor de tatuagem e que, no caso concreto, as cláusulas de exclusão estavam presentes somente no edital do concurso. Nesse sentido, o MPF apresentou vários

precedentes nos quais o STF julgou inconstitucional cláusula editalícia que criava restrição a cargo público sem previsão legal que fundamente a exigência.

A PGR também argumentou que qualquer proibição de acesso ao serviço público pelo fato do candidato possuir tatuagem fere os princípios da igualdade e da razoabilidade (art.5º, caput, da CF) e viola a previsão constitucional de repúdio a qualquer forma de discriminação (art.3º, IV, CF), além de criar barreira de acesso a cargo público sem prévia definição legal (art.37,I, CF). Ademais, a Procuradoria expõe que: *"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."*

Por fim, a Procuradoria expôs que a única forma de vedar acesso ao serviço público de candidatos tatuados tatuagem seria em situações que a tatuagem fosse contrária à lei, por exemplo, se o símbolo incitasse a prática de crimes.

5. Opinião

O RE 898.450/SP apresentou diversas indagações ao Plenário do Supremo. A primeira delas foi a possibilidade do controle judicial de atos administrativos. O STF, em diversas oportunidades, já manifestou que o Poder Judiciário pode realizar controle jurisdicional sobre ato administrativo ilegal ou inconstitucional. Assim, a análise do Judiciário deve estar restrita a legalidade do ato.

A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput, CF). A legalidade pode ser analisada a partir de um viés duplo, pois ao mesmo tempo que define critérios legais para a atuação da Administração também apresenta limites para a prática da atividade administrativa. Com base na legalidade, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em sua obra *Direito Administrativo*, leciona que *"a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei."*

Desta forma, somente à lei seria capaz de dispor sobre qualquer forma de vedação de acesso ao serviço público. Nesse contexto reside a segunda questão enfrentada pelo STF: pode o edital do certame, sem previsão legal, realizar qualquer restrição de acesso aos candidatos?

Interessante perceber também, antes de adentrar a análise da decisão, que o STF estendeu a tese da repercussão geral. O caso concreto tratava sobre a proibição de ingresso de candidato tatuado a cargo militar, porém, a tese permitiu ao Plenário se debruçar sobre a possibilidade de acesso a qualquer cargo, emprego ou função pública. Nesse quadro se encontra a terceira e principal indagação do RE: é permitido que candidato possuidor de tatuagem trabalhe no serviço público?

Todas essas questões foram enfrentadas e respondidas na tarde do dia 17.08.2016. O Plenário, por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio, deu provimento para o RE. Com relação ao edital e a reserva legal, o Supremo decidiu que o edital não é lei em sentido formal, por isso não pode tratar sobre qualquer forma de restrição de direitos. A cláusula editalícia deve ser respeitada e cumprida, pois define todos os percursos necessários para o ingresso no serviço público. Porém, isso não a torna imune de controle jurisdicional, especialmente quando apresentar violação a direito fundamental. O relator destacou que o edital somente pode conter restrições previstas em lei, sendo que, estas devem estar relacionadas com a natureza e atribuições da função.

Com relação a discussão central do caso, a tatuagem e o serviço público, temática que versa sobre liberdade de expressão e isonomia, o Supremo decidiu que, salvo em situações excepcionais, a proibição do ingresso de candidato que possua qualquer tatuagem, visível ou não visível e independentemente do tamanho, é inconstitucional.

A existência de disposições proibitivas no edital ao acesso de candidatos que ostentem tatuagem viola o princípio da igualdade. Ter ou não ter uma tatuagem não causará impacto nas realizações da atividade da Administração Pública. Uma mago tatuado na perna, como no caso concreto, não iria prejudicar em nada o desempenho da função de bombeiro. O relator expôs que, durante muito tempo a tatuagem foi vista de forma negativa pela sociedade. Somente nos anos 1980, relata o min. Fux, que a pigmentação permanente começou a ser analisada como forma de liberdade de manifestação e de pensamento.

O relator também expôs que a proibição viola a isonomia, pois não existe motivo razoável para subsistir. A discriminação só tem espaço quando existe fundamento lógico para tal, sendo que, conforme ensina o relator, *"outro aspecto relativo ao fator de desigualação 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."* No mesmo sentido, a ministra Cármen Lúcia, em sua obra *O Princípio Constitucional da Igualdade*, leciona que *"o que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento 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."*

A realização de tatuagem é uma escolha e configura forma de liberdade de expressão. O símbolo e todos os significados relacionados refletem conotações bastante pessoais e únicas, inclusive, a mesma tatuagem pode ter significado diferente para pessoas distintas. Não resta dúvida que a tatuagem é expressão da individualidade de cada um, manifestação deve ser respeitada pela sociedade e pelo Estado.

A proibição de acesso ao cargo público de candidato que ostentem tatuagem fere a liberdade de expressão do próprio candidato, já que, por conta do símbolo, seria impedido de seguir determinada carreira. A única restrição possível que o edital pode estabelecer, conforme a decisão do STF, é vetar candidatos em que as tatuagens tenham conteúdo destoante ao previsto pela Constituição.

Por todo o exposto, a tese fixada foi a sugerida pelo ministro Barroso que expõe o seguinte: *"editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais"*.

O RE 898.450/SP suscitou questões complexas ao Plenário, as quais foram respondidas com maestria e em profundidade pelo relator. Apesar da decisão final ser esperada, o Supremo surpreendeu ao nem entrar na discussão com relação ao tamanho de tatuagens ou aos locais em que pudessem ou não estar presentes. Nesse julgado, o STF realizou a função de guardião da Constituição e de garantidor de direitos fundamentais, além de adaptar a atual realidade e entendimento social a ato tão importante da vida administrativa do Estado como o é o serviço público. E, mais do que isso, defendeu, como expôs o ministro Fux, *"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."*