

A EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO EM RAZÃO DE TATUAGEM

Leandro Silva de Menezes¹[1]

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira²[2]

RESUMO

O fato de possuir tatuagem, mesmo que aparente, ocupando membros inteiros ou com um grande tamanho, não incapacita o candidato para o exercício da função pública, sendo ilegal a sua exclusão do concurso público por essa razão. Esse ato ilegal praticado pela Administração Pública viola importantes princípios fundamentais regulamentados pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, impessoalidade e acesso aos cargos públicos, pois estabelece tratamento diferenciado sem um critério discriminatório consistente, podendo representar verdadeira sanção de caráter permanente, violando a Constituição Federal de 1988. Todavia, no último ano foi observada uma mudança substancial na jurisprudência, bem como no entendimento que a Administração Pública possuía sobre o tema. O próprio Supremo Tribunal Federal em interessante julgado passou a entender que a tatuagem por si, não pode excluir o candidato. De acordo com a decisão, existe a necessidade de verificar se a tatuagem tem dimensão ou um sentido específico que possa contrariar a moralidade administrativa para a partir daí, então, ser um fator de exclusão. Essa decisão foi de grande importância, pois, sinaliza aplicação de vários princípios constitucionais que mantêm a integridade da constituição, com a mudança nos valores da sociedade, pois, conforme se percebe o próprio sentido da tatuagem nos dias atuais é completamente diverso daquele previsto outrora, por isso se faz necessária essa modificação da interpretação que se compatibiliza com a realidade, bem como com os valores constitucionalmente vigentes e nem poderia ser diferente. Porém, a crítica que se faz aqui é a de que a decisão poderia ser mais ampla e autorizar todas as modalidades de tatuagem, mas não deixa de ser um avanço.

Palavras chave: Concurso Público. Exclusão. Tatuagem.

1. INTRODUÇÃO

Uma das formas de ingresso no serviço público brasileiro é por meio de um procedimento administrativo impessoal e isonômico denominado de

1[1] Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO

2[2] Professor orientador da disciplina TCC do curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

concurso público. Eles são compostos por diversas fases cujo objetivo é justamente aferir a capacidade intelectual e técnica do candidato para ocupar o cargo almejado. Em meio as variadas fases, inclui-se, em alguns casos, os exames de saúde que possuem caráter eliminatório. Principalmente, nos concursos para as carreiras militares em que é exigido o exame dermatológico, sendo que uma vez constatada a existência de tatuagem, o candidato é considerado inapto e por consequência eliminado do certame.

A justificativa da Administração Pública é a de que existe previsão no edital, sendo ele a lei regente do concurso. Segundo a orientação tradicional, o exercício de atividades específicas de certas carreiras exige a ausência de tatuagens no corpo já que a sua simples presença pode ser indício de violação e atentar contra "a moral e os bons costumes", ainda que de "dimensões pequenas", mas que ficassem visíveis quando da utilização de trajes de treinamento físico ou que cobrisse partes inteiras do corpo como a face, o antebraço, mãos ou pernas. Todavia, essa postura representa nítida violação de direitos e por isso é objeto de análise do presente trabalho.

É comum afirmar o caráter histórico dos Direitos Fundamentais expressos na Constituição de 1988 e em virtude dessa premissa, têm-se vários posicionamentos dos tribunais brasileiros em relação ao tema abordado, tanto favoráveis à exclusão, bem como contrários.

No dia, 17/08/2016, o Brasil presenciou uma decisão histórica em que o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a um, que concursos públicos não podem excluir candidatos que tenham tatuagem porque isso é uma forma de discriminação, com exceção dos casos de tatuagens com desenhos que incitem a violência ou representem obscenidades. Após essa virada, com a decisão do STF, como ficará a jurisprudência Brasileira com relação a este tema? É legal a previsão de dispositivo normativo no edital que a exclui candidato de concurso público em razão de tatuagem?

2. CONCURSOS PÚBLICOS

2.1 Conceito de concurso público

Ao buscar o conceito do termo concurso público verifica-se que há diversas definições, definições que podem variar de acordo com cada autor conforme a seguir.

No entendimento de Carvalho Filho (2001):

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos (CARVALHO FILHO, 2001, p. 472) .

Para Moreira Neto (1994) de acordo com o princípio da legalidade, o concurso público é entendido como:

Procedimento administrativo declarativo de habilitação à investidura, que obedece a um edital ao qual se vinculam todos os atos posteriores. O edital não poderá criar outras condições que não as que se encontram em lei. MOREIRA NETO (1994: 202-203)

Meireles (1999) conceitua o concurso público como:

Posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37,II, CF”(MEIRELLES, 1999 p. 387).

Em todas as definições verifica-se que o objetivo de um concurso público é dar iguais condições para todos os concorrentes a uma vaga, evitando-se favorecimentos ou discriminações, e, permitindo-se à

Administração Pública selecionar os melhores e mais bem preparados candidatos ao cargo e que obtiveram maiores notas.

2.2 A meritocracia e a igualdade entre candidatos nos concursos públicos

Quando se aborda o tema concurso público no Brasil é necessário partir do pressuposto republicano de que todas as pessoas que se inscreverem para concorrer a uma vaga deveram participar de todas as fases do concurso nas mesmas condições. Assim, para que não haja nenhum tipo de distinção entre candidatos, somente os melhores e os mais bem capacitados, que alcançarem as maiores notas ocupem as vagas disputadas.

Marcelo Caetano, citado por Carvalho Filho (2001 p. 473), nos ensina que o sistema de mérito traduz:

Um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso público em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participem de um certame, procurando alçar-se à classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público (CARVALHO FILHO, 2001p. 473).

3. A TATUAGEM

Em pleno século XXI, em um país laico, há de se existir uma ótima justificativa para se explicar o porquê parte da nossa sociedade e judiciário

ainda veem a tatuagem como marca da marginalidade e desvio de conduta de um cidadão.

Com o desenvolvimento e maturidade que o nosso povo vem apresentando em diversos temas polêmicos, deveríamos ver a tatuagem como forma de expressão de arte, como estilo de vida, como forma de crença religiosa, como diferença entre pessoas, diferença essa que deve ser respeitada por todos nós plenamente.

De acordo com pesquisas altamente especializadas, há nos Estados Unidos (EUA) e Europa, mais de 100 milhões de pessoas com tatuagens. No Reino Unido estima-se que haja algo superior a 4.000 tatuadores produzindo cerca de um milhão de tatuagens por ano (ZINI LISE, 2007). Na Itália, por exemplo, o número pode chegar a mais de um milhão de pessoas tatuadas (MUCCIARELLI, 2010). Arte corporal milenar praticada por distintos povos aborígenes (especialmente os das ilhas do Pacífico), a tatuagem entrou no século XIX e no início do século XX em setores “marginais” da sociedade, como presidiários, meretrizes, marinheiros (GROGNARD, 1992). Cumpre lembrar que no final da década de 60 e início dos anos 70, tribos urbanas (roqueiros, hippies, motociclistas...) apropriaram-se da tatuagem como uma marca corporal (NEGRI, 2011, p. 212).

Observa-se, portanto, que a imagem marginalizadora da tatuagem começa a mudar a partir dos anos 80. No Brasil somente a partir dos anos 90 que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, onde surge por um processo de profissionalização. E isto, simplesmente, porque os estúdios especializados em tatuagens passam a ter cada vez mais equipamentos avançados, materiais descartáveis, resultando no melhoramento da técnica do desenho. Eis, agora, demonstrado o corpo como obra-prima e a tatuagem como obra artística (NEGRI, 2011).

3.1 Como a tatuagem é conceituada no Brasil

Como podemos caracterizar uma boa imagem perante a sociedade? Tal é a lei; tal é a ordem. Em todo lugar ouvimos falar em “boa imagem”. Mas afinal, o que é boa imagem? Onde encontramos o conceito de boa imagem? Os juristas no caso para responder a essa questão, procurariam na legislação vigente alguma resposta para tal pergunta. Porém, de nada serviria as definições jurídicas dogmatizadas para uma sociedade descentrada, multicultural, como é o caso da sociedade brasileira após a constituição de 1988.

No parágrafo acima questionamos todos esses conceitos de “boa imagem” justamente para chegarmos na pergunta que nos importa; o fato de se ter uma tatuagem faz com que a pessoa não tenha uma boa imagem? Essa falta da boa imagem pode a impedir de obter um cargo público?

O edital de um concurso público que prevê a exclusão de um candidato porque o mesmo possui uma tatuagem está ferindo princípios constitucionais do mesmo? A existência de tatuagem em alguma parte do corpo não deve gerar a pessoa a mínima chance de sofrer discriminação, decidida em função dela. Não é porque uma pessoa possui tatuagem que ela pode ser julgada pela sociedade como uma pessoa com imagem ruim perante aos outros.

O fato de possuir tatuagem, mesmo que aparente, ocupando membros inteiros ou com um grande tamanho, não incapacita o candidato para o exercício da função pública, sendo ilegal a sua exclusão do concurso público por essa razão. Essa desrespeitosa ilegalidade praticada pela Administração Pública viola não apenas ao princípio da isonomia, mas também aos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e estabelece um critério discriminatório.

4. VIOLAÇÃO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dizia Kant (1991) através de suas críticas e análises, que tudo tem um preço ou uma dignidade, quando uma coisa tem um preço, ela pode ser substituída por qualquer outra coisa, desde que tenha um valor equivalente, mas quando uma coisa está acima de qualquer preço e, portanto, não permite nada equivalente, então ela tem dignidade.

Segundo Kant (1991) “só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo”. O homem em sua essência tem o seu valor absoluto, sendo que este valor não pode ser utilizado como instrumento ou moeda de troca, pois somente assim ele terá dignidade e se torna digno da sua própria existência. A dignidade da pessoa humana nasce com a pessoa e é um direito da personalidade que não pode ser desrespeitado por ninguém.

O art. 1º, inciso III, da Constituição Federal coloca como um dos fundamentos da Nação o princípio da dignidade da pessoa humana. No entendimento de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2004, p. 52).

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é:

Aquela qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 1998, p. 60)

Toda pessoa deve ser compreendida em relação às demais. A dignidade de cada pessoa é essencial. Por isso, a Constituição (art. 1º, inciso III) completa a referência à dignidade da pessoa humana com a menção à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos.

E essa dignidade deve determinar respeito pela liberdade de cada um pela sua autonomia. Sendo que ninguém possa ser diferenciado ou discriminado pela sua opção sendo ela qual for.

Essas lições se aplicam aos concursos públicos, pois Administração Pública não pode impor condições para restringir pessoas a terem tatuagens em seu corpo. Isto porque o ser humano não pode ser descriminalizado pela sociedade por possuir tatuado signos, desenhos e qualquer outra coisa que não afrontam a ordem social e coletiva como um todo.

Por isso, a dignidade é um plus perante a vontade coletiva. Se a tatuagem não é uma afronta contra a moral e os bons costumes da sociedade como um todo e apenas anuncia característica individual do ser humano, a ordem jurídica não pode exigir para efeito de concurso público que os candidatos não tenham essas tatuagens. Ademais, os requisitos para se ingressar no serviço público devem se adequar à complexidade e diferenças entre as pessoas nos dias de hoje, as exigências da sociedade, à personalidade de cada um, sendo que cada um é livre para fazer o que bem entender com seu próprio corpo, sem afrontar e desrespeitar a coletividade.

Diante desse quadro, repugna-se que a Administração Pública exija que o candidato não seja tatuado para ser aprovado em concurso público, pois, o fato do mesmo ter uma tatuagem não irá causar nenhum dano à prestação do serviço.

5. NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Os princípios foram criados como fundamentos de interpretação das normas jurídicas e direcionam os aplicadores da lei a tomarem a decisão mais correta. Segundo Justen Filho (2014), pode-se dizer que os princípios desempenham função normativa extremamente relevante no tocante ao regime de direito administrativo. Assevera Rocha (1994 apud Carlin, 2009, p.897-898):

A palavra princípio vem do latim *principiu*, significando base, preceitos fundamentais da organização administrativa, fonte originária ou de onde se designam as verdades primeiras, nela repousando a substância de

uma ordem, e seus necessários parâmetros. Possui como característica a generalidade, a superioridade hierárquica, a normatividade e o mandamento de otimização [...] (CARLIN, 2009, p. 897-898).

O conceito de princípio conforme Mello (2013, p. 54) consiste em:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2013, p. 54).

De acordo com (Bobbio, 1999, p. 158), “[...] A palavra princípio leva a engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios são normas como todas as outras. [...]”. Para Espíndola (1999, apud Carlin, 2009, p.898), os princípios são considerados “a estruturação de um sistema de pensamentos ou normas por uma concepção mestra, chave ou baliza normativa, fonte da qual todas as demais ideias ou normas derivam, para onde se reconduzem e a quem estão diretamente 26 subordinados”. Para Bonavides (2006, p.286-289).

Os princípios atualmente estão intimamente ligados às decisões do Poder Judiciário, e possuem grande força normativa, nesse sentido, os ensinamentos de Binenbojm (2008, p. 64) são cristalinos e realçam tal entendimento.

A partir desta perspectiva, pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Maior, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo da vontade das majorias legislativas de ocasião. Estes valores, densificados através de princípios, devem, pela sua relevância não apenas jurídica, como também moral, irradiar-se por todo o ordenamento, fecundando-o com sua

axiologia transformadora (BINENBOJM, 2008, p. 64).

Os princípios estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano. Deles surgem à base da construção do Direito.

6. PRINCÍPIOS INERENTES AOS CONCURSOS PÚBLICOS

Concurso público é um processo seletivo que tem por objetivo avaliar candidatos concorrentes a um cargo efetivo de uma entidade governamental por meio de meritocracia, não podendo deixar de observar a isonomia entre os candidatos durante seu processo, buscando com isso alcançar o nivelamento das chances dos candidatos ao cargo público oferecendo condições e chances iguais entre eles. E para uma melhor compreendermos essa faculdade e a legalidade dos principais limites constitucionais impostos em seus editais, vemos a necessidade de identificar quais princípios lhe dão respaldo. O instrumento citado à cima é garantido ao Estado pela Constituição Federal em seu artigo 37, II, assim descrito:

[...] a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] (BRASIL, 2015).

Mello (2013, p.285) afirma que “os concursos públicos devem dispensar tratamento impessoal e igualitário aos interessados. Sem isto ficariam fraudadas suas finalidades. Logo, são inválidas disposições capazes de desvirtuar a objetividade ou o controle destes certames”.

O candidato para conseguir ingressar no serviço público, precisa ser aprovado em um concurso público, e esta, é a forma mais democrática de ingresso no serviço público. Tal segurança jurídica é garantida no edital, pois ele é dirigido pelos princípios norteadores da Administração Pública, elencados

no artigo 37 caput da Carta Magna: "... obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...". (BRASIL, 2016).

A respeito deste texto normativo, o mesmo condiciona o certame a obedecer fielmente o texto da Constituição da República, garantindo que o candidato melhor colocado seja aprovado para ingressar nos Órgãos Públicos. Existem princípios que não estão explicitados na Constituição Federal, mas estão totalmente ligados com os fundamentos do concurso público e tem grande importância, sendo amplamente empregados nesse contexto, que é o caso dos princípios: da legalidade, razoabilidade, isonomia, proporcionalidade, dentre outros.

6.1 Princípio da Legalidade

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, surge também o princípio da legalidade, onde toda e qualquer forma de poder autoritário é condenado, de modo bem simples e direto, este princípio estabelece que não exista crime, tão pouco pena, sem prévia definição legal. Tal instrumento está previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, in verbis: A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

No entendimento mencionado a cima relata a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) em seu art. 29, II, transcrito abaixo:

No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

Na Constituição Federal não é diferente, e tal princípio também é contemplado em seu artigo 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 2015). Cretella (1964 apud MELLO, 2013, p.81) coloca que:

Ao contrário do que julgam muitos tratadistas, a legalidade não é formada apenas de elementos externos, relacionados com a competência, objeto e forma. A legalidade penetra até os motivos e, principalmente, até o fim do ato. É ilegal ato em que o fim é viciado [...] (MELLO, 2013, p. 81)

Conforme Lenza (2011), o princípio da legalidade deve ser interpretado diferentemente para o particular e para a administração pública, onde o primeiro pode fazer tudo que a lei não o proíbe, o particular e a lei não podem entrar em contradição, por sua vez, a administração pública detém uma relação de subordinação estreita para com a lei, onde meramente poderá fazer o que a lei lhe permitir, devendo atuar somente onde a lei autoriza e nunca ultrapassar os limites constitucionais e legais por ela impostos, devendo fazer única e exclusivamente o que a lei dita, nem mais, nem menos, não podendo agir contra, nem a favor da lei, atuando unicamente na defesa dos interesses da coletividade.

Nos mesmos moldes descreve Meirelles (2013, p.89):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso MEIRELLES, 2013, p.89).

Para Carvalho Filho (2013, p.19-20):

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as

próprias leis que edita. O princípio implica subordinação completa ao administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas (CARVALHO FILHO , 2013, p.19-20).

Observa-se, assim, um preceito crucial, onde se pode perceber que nem mesmo a administração pública pode fazer somente aquilo que ela deseja, devendo atender a lei, sendo que se a ela não atender, essa atividade se torna ilegal. Esse preceito é essencial, pois controla a administração pública de tal forma a ela não ter condutas totalitárias e autoritárias. O direito dos administrados possui com isso um salvo conduto consolidando uma barreira para o direito de atuar do Poder Público.

Destarte, ao falar dos concursos públicos, contudo, é importante apontar que a Constituição determina que os requisitos exigidos para ingressar ao cargo público pretendido, devem estar estabelecidos em lei, neste prisma ensina Spitzcovsky (2004, p.71):

[...] possibilidade do estabelecimento de restrições para o exercício de trabalho, ofício ou profissão que, no entanto só poderão ser instituído por meio de uma espécie normativa: a lei considerada em seu sentido estrito [...] depende de anterior previsão legal para assegurar sua legitimidade como edital [...](SPITZCOVSKY, 2004, p.71):

Sob a ótica jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal vem pacificando que o edital não pode exigir um requisito sem lei prévia que regule sobre o tema. Sobre este aspecto:

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTADO DE SERGIPE. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. FIXAÇÃO DE IDADE LIMITE EM EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO EM LEI POSTERIOR. APLICAÇÃO RETROATIVA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal possui a orientação pacífica de que é legítima a limitação de idade máxima para a inscrição em concurso público, desde que instituída por lei e justificada pela natureza do cargo a ser provido. 2. Segundo o firme entendimento desta Corte, os requisitos para a inscrição em concurso público devem ser aferidos com base na legislação vigente à época de realização do certame. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 595893 SE, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 10/06/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-072014). (BRASIL, 2015).

Confirmando a idêntica concepção:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 3. Ato administrativo. Controle judicial. Ausência de violação à separação dos poderes. 4. Concurso público. Requisitos específicos de ingresso no serviço público. Necessidade de previsão em lei. 5. Ilegalidade do ato da Administração Pública, com base em lei local e no edital do certame. Incidência dos Enunciados 279, 280 e 454 da Súmula do STF. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/05/2014, Segunda Turma) (BRASIL, 2015).

A jurisprudência dominante define que quando existe uma lei complementar que serve de parâmetro para um edital poder exigir tal requisito, o mesmo será válido.

6.2 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia é um dos mais importantes princípios constitucionais, e é à base de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

Tal mecanismo tem como essência acabar com os privilégios e tratar todas as pessoas de forma igual.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 contempla tal entendimento em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), em sua primeira parte onde trata dos Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, em seu artigo 1º, continua afirmando tal valoroso princípio, in verbis:

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969 - Pacto de San José da Costa Rica).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 4,377 de 13 setembro de 2002 diz:

[...] Considerando que os Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, [...](BRASIL, 2002)

Com tamanha importância tal princípio é contemplado na Constituição Federal Brasileira, o Brasil após duas décadas de ditadura, onde se cometeu todo tipo de abuso pelas autoridades, também adotou em sua recente Constituição o princípio da igualdade, materializado em seu artigo 5º, caput, transcrito a seguir:

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 [...] (BRASIL, 2015).

Neste viés, Moraes (2008, p.37), explica que tal princípio atua sobre dois planos:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou o próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicção filosófica ou política, raça, classe social (MORAES, 2008, p.37)

Nos mesmos moldes destaca Dantas (2015):

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos; quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre os distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade da valia que oferecem a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre as distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_32/panteao.htm> Acessado em 30 de maio de 2015.

Para Kelsen (2003, p.52) o princípio da igualdade, surge como princípio da justiça, sendo que “[...] uma vez que cada indivíduo é diferente de qualquer outro, a cada indivíduo é lícito pretender tratamento especial”.

O princípio da isonomia sob o vértice jurisdicional no olhar de (Silva, 1998, p.221):

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada a democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinções entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça.

Para Alexy (2008, p.397) o enunciado de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma, ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos.

Dessa forma, desrespeitando ao princípio da isonomia/igualdade, é nítido que verdadeiras injustiças eram cometidas, demonstrando tamanha insegurança jurídica em vários campos do direito, seja ele privado ou público.

6.3 Princípio da Razoabilidade

Um dos princípios que também devem ser observados no concurso público, apesar de não estar explicitamente citado na Constituição, é o da razoabilidade. Mello (2013, p.81) bem exemplifica o princípio em tela:

Com efeito, nos casos em que a administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricionariedade administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável [...] É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso a razoabilidade não é apenas censurável a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados [...](MELLO, 2013, p.81).

Carvalho Filho (2013, p.40) diz que “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis [...]”. Conforme Di Pietro (2003, p.80) “é uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.”

Para Gordillo (1977, p.183-184)

a decisão discricionária do administrador público será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou público e notórios; c) ou se funde em fatos ou provas inexistentes; d) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar. (GORDILLO, 1977, p.183-184)

Spitzcovsky (2004, p.229) afirma que “não está o administrador livre para estabelecer as exigências que achar por bem, mas, tão somente, aquelas que se revelarem necessárias para o atingimento da finalidade pública específica”. No mesmo sentido Gasparini (2003), brilhantemente leciona que toda conduta tomada pelo administrador deve sempre atuar pautado na lei, o que difere disso torna-se inadmissível.

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a se conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. (GASPARINI, 2003 p.22-23).

Assim, o Poder Público ao criar um edital, deve atender ao princípio da razoabilidade, não podendo exigir requisitos que não sejam adequados,

supérfluo para o desempenho da função, como por exemplo, não possuir tatuagem, pelo contrário, deverá adequá-lo ao certame, para que os limites sejam compatíveis ao cargo pretendido, não desrespeitando assim o princípio em tela.

6.4 Princípio da Proporcionalidade

Segundo Carvalho Filho (2013, p. 42) “o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados”.

Bonavides (2006, p.399) acentua que “Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar, todavia a corroer ou abalar o princípio da separação dos poderes”. Ainda, conforme Spitzcovsky, (2004, p.229) “as atitudes tomadas pelo poder público devem guardar proporcionalidade com os objetivos específicos a serem alcançados, sob pena de caracterização de desvio de finalidade [...]”. No mesmo aspecto as elucidativas palavras de Mello (2013, p. 82):

Deveras, a lei outorga de competência em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal [...]

Sobre a aplicação do mencionado princípio, Justen Filho (2014, p. 168), explica como o aplicador do direito deve interpretá-lo, a fim de empregá-lo corretamente: “O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efetivos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória”.

Alguns autores costumam lecionar que o princípio da razoabilidade é sinônimo de proporcionalidade, todavia, neste diapasão Ávila (2008, p.159) sabidamente os distingue:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. [...] A razoabilidade tem o dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de ato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação (ÁVILA, 2008, p.159).

Segundo Cunha Junior (2009, p.52) “impõe-se que a administração pública adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos dos administrados”. Pierre Müller (1978 apud BONAVIDES, 2006, p.393) afirma:

Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade pretende, por conseguinte, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso (BONAVIDES, 2006, p.393)

Bonavides (2006) esclarece que o princípio da proporcionalidade deve ser melhor aplicado pelos operadores do direito devido a sua importância:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo a defesa dos direitos e liberdades constitucionais [...](BONAVIDES, 2006, p.434)

Assim, o princípio da proporcionalidade, mostra-se como uma grande proteção do cidadão ante algum ato por parte do poder público, que venha a ferir seus direitos.

7. O CARÁTER DISCRIMINATÓRIO E SEM RAZOABILIDADE DOS EDITAIS E REQUISITOS DE INGRESSIBILIDADE

A Constituição Federal determina em seu art. 3º, inciso IV, que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O objetivo fundamental apontado pelo art. 3º, inciso IV, da Constituição, é a clareza da regra que veda qualquer tipo de discriminação ou preconceito, dando ênfase ao princípio da isonomia, que está claro nos diversos dispositivos constitucionais.

O fato de o candidato possuir, à época da realização da avaliação médica, tatuagem em alguma parte do corpo, não pode desclassificá-lo, remetendo-o ao conceito de inaptidão, porque a tatuagem por si só não é capaz de reduzir as aptidões físicas e nem morais de uma pessoa e nem a impedi-la de exercer qualquer cargo ou emprego público.

O critério de eliminação que leva em consideração a existência de tatuagem no corpo do candidato não tem qualquer fundamentação legal ou científica, limitando-se à criação de um apontamento totalmente preconceituoso da Administração, que não avalia, de nenhuma maneira, a capacidade e as

qualidades que o candidato possui para atuar no cargo em que está almejando ocupar.

Portanto, trata-se de um “pré-julgamento” de acessibilidade discriminatória e irrazoável, absolutamente subjetivo e preconceituoso e que não apresenta qualquer fundamento juridicamente pertinente para sua exigência.

Nesse sentido, a eliminação de candidato em razão de tatuagem não encontra amparo no sistema jurídico, além de ultrapassar os limites da legalidade e adentrar no conceito arbitrariedade, devido à imposição de requisito de caráter eliminatório com base em critérios subjetivos, pois não há nenhuma relação entre o fato do candidato ser portador de tatuagem e o exercício da função público. Nesse caso a eliminação do candidato se dá por fatores exclusivamente estéticos, o que é inadmissível. O posicionamento ora trilhado vem sendo seguido de forma pacífica pelos nossos Tribunais:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO COMBATENTE DA POLÍCIA MILITARES. EDITAL Nº 021/2008 – PMES. CANDIDATA COM TATUAGEM NA NUCA. INAPTIDÃO NA FASE DO EXAME DE SAÚDE. CRITÉRIO ESTIGMATIZANTE E PRECONCEITUOSO. CONDUTA IRRAZOÁVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...] A reprovação da Recorrida, sob o argumento de que a tatuagem em sua nunca, contendo insígnias orientais, caracteriza deformidade física, nos termos do Anexo I, do Edital nº 021/2008 (fl. 56), apresenta-se como critério estigmatizante e preconceituoso criado pela Administração Pública, exorbitando os limites da razoabilidade que orientam os atos administrativos e o próprio caminhar dos Entes Federados que compõem o Estado Democrático de Direito.

II. No caso em foco, sobreleva notar que, a ausência de proporcionalidade do requisito em debate, acarretou na ilegalidade do ato que inadmitiu a Recorrida para a continuação do certame, afastando, por conseguinte, a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

III. A simples existência de pequena tatuagem na nuca da Recorrida de longe se enquadra na expressão anomalia dermatológica, cujo critério desclassificatório do Concurso Público para Admissão ao Curso de Formação

de Soldado Combatente da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo se mostra, evidentemente, desigualitário e preconceituoso, não guardando compatibilidade com o cargo a ser exercido, consoante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 24100911866RELATOR: DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JR.RECORRENTE : ESTADO DO ESPÍRITO SANTOADVOGADO : PROCURADORA DÉBORA FERNANDES DE SOUZA MELORECORRIDO : IVO MARTINS GOMESADVOGADO : ANDRÉ PIM NOGUEIRAMAGISTRADO : PAULO CÉSAR DE CARVALHONº PROC. ORIG. : 024.10.008569-5 ACÓRDÃO EMENTA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIROS. LITISCONSÓRIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ELIMINAÇÃO DO CANDIDATO. TATUAGEM. DESPROPORCIONALIDADE DO ATO. RISCO DE PERECIMENTO DO OBJETO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não ocorre litisconsórcio necessário nas hipóteses em que os efeitos da decisão não atingem os demais aprovados no concurso público. Precedentes do STJ. 2. A eliminação de candidato com tatuagem que não implique prejuízo à apresentação pessoal do cargo viola o postulado da razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 3. O risco de perecimento do objeto litigioso mantém irretocável a decisão que determina a reserva de vaga em concurso público. 4. Recurso desprovido. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acorda a colenda QUARTA CÂMARA CÍVEL, em conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram o presente julgado, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.Vitória (ES), 30 de maio de 2011. Presidente Desembargador SAMUEL MEIRA BRASIL JR. SMBJ/102/24100911866_DI_AI_AgInt (TJES, Classe: Agravo Interno – (Arts 557/527, II CPC) Agv Instrumento, 24100911866, Relator : SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 30/05/2011, Data da Publicação no Diário: 08/06/2011) (TJ-ES , Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 30/05/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL)

O uso de tatuagem, nos dias de hoje, tornou-se muito comum e contaminou a sociedade, sendo que em diversas profissões percebemos que

cada vez mais as pessoas possuem tatuagem. O fato de o candidato possuir tatuagens, desde que não atentatórias aos bons costumes, com certeza não deverá ser empecilho à sua aprovação em concursos públicos.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. *“A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato”*.

Em pleno século XXI, numa sociedade reconhecida mundialmente pelo seu apreço à liberdade e à justiça, não se justifica o rigor excessivo de julgar pessoas exclusivamente pela aparência, chegando ao ponto de atribuir a uma tatuagem o potencial de impedir o acesso aos cargos e empregos públicos. Fica claro que tal postura preconceituosa da Administração Pública não representa a opinião da sociedade no que se diz respeito do que é certo ou errado, quando o assunto é tatuagens. Portanto, a eliminação de candidato em concurso público pelo fato dele possuir tatuagem desrespeita o princípio da razoabilidade.

Por fim, quando constatada a violação ao princípio da razoabilidade e/ou o caráter discriminatório do requisito de acessibilidade, temos que pleitear o controle judicial do ato administrativo, não havendo que se falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

8. IMPOSIÇÃO DE PENA DE CARÁTER PERPÉTUO

Excluir candidato de concurso público pelo fato de possuir tatuagens, além de ser uma exigência sem sentido algum, totalmente discriminatória e que viola a dignidade da pessoa humana, representa praticamente a imposição de uma pena de caráter perpétuo ao concursando, já que a tatuagem é permanente, sendo assim ele nunca mais poderá participar de nenhum outro concurso que tenha essa exigência.

Ao vedar taxativamente a imposição de penas de caráter perpétuo, em seu art. 5º, XLVII “b”, a Constituição Federal não se referiu restritamente ao Código Penal, significando que o princípio deve ser considerado válido também

quando envolve direito administrativo. Assim, nenhum requisito de acessibilidade aos cargos e empregos públicos podem ser criados de modo a impedir definitivamente que um candidato possa participar do certame.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo: “A adoção de critérios para seleção de candidatos, em concurso público, não obstante se encontre dentro do poder discricionário da Administração, deve observância aos princípios e regras constitucionais. Por isso, a simples presença de tatuagem não pode ser determinante para inaptidão de candidato em concurso, visto que a constatação do estigma não acarreta comprometimento da moral do candidato, além de em nada influenciar no exercício da função pública.”

O art. 5º, XLVII “b”, da Constituição Federal, não se aplica somente as penas privativas da liberdade (proibindo prisão perpétua), mas também a todas as que se traduzam em desrespeitar ou restringir, perpetuamente, a esfera de direitos das pessoas. Em se tratando de uma garantia constitucional assegurada aos cidadãos não se pode restringir os seus direitos. Esse dispositivo constitucional há de ser interpretado com a elasticidade para que possa haver uma comunicação com as relações de direito administrativo.

Sendo assim, a Constituição ao proibir a aplicação de pena de caráter perpétuo, proíbe também que candidato ao exercício de cargo público que possui tatuagem seja impedido de assumir sua função por este fato.

8. A VIRADA NA JURISPRUDENCIA BRASILEIRA

No dia 17/08/2016 com uma decisão histórica o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a um, decidiu que concursos públicos não poderão excluir candidatos que tenham tatuagem, porque isso é uma forma de discriminação, com exceção em caso de tatuagens com desenhos que incitem a violência ou representem obscenidades, conforme ementa do julgamento a seguir:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 898.450 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :HENRIQUE LOPES CARVALHO DA SILVEIRA ADV.(A/S) :VICENTE DE PAULO MASSARO RECDO.(A/S) :ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADOS PARÂMETROS. ARTS. 5º, I E 37, I E II DA CRFB/88. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

“Concurso público não pode eliminar candidato com tatuagem, decide STF.” “Só poderá haver proibição caso desenho incite violência ou discriminação. Tribunal julgou caso de homem eliminado de concurso por tatuagem tribal.” “O relator do RE, ministro Luiz Fux, observou que a criação de barreiras arbitrárias para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Em seu entendimento, qualquer obstáculo a acesso a cargo público deve estar relacionado unicamente ao exercício das funções como, por exemplo, idade ou altura que impossibilitem o exercício de funções específicas. Salientou que a jurisprudência do STF prevê que o limite de idade previsto em lei é constitucional, desde que justificável em relação à natureza das atribuições do cargo a ser exercido.” “O ministro destacou que a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma transgressão ou conduta atentatória aos bons costumes. Segundo ele, a tatuagem passou a representar uma autêntica forma de liberdade de manifestação do indivíduo, pela qual não pode ser punido, sob pena de flagrante violação dos princípios constitucionais. Para o ministro Fux, o respeito à democracia não se dá apenas na realização de eleições livres, mas também quando se permite aos cidadãos se manifestarem da forma que quiserem, desde que isso não represente ofensa direta a grupos ou princípios e valores éticos.”

“Em seu entendimento, o desejo de se expressar por meio de pigmentação definitiva não pode ser obstáculo a que um cidadão exerça cargo público. “Um policial não se torna melhor ou pior em suas funções apenas por ter tatuagem”, afirmou.”

“O relator destacou que o Estado não pode querer representar o papel de adversário da liberdade de

expressão, impedindo que candidatos em concurso ostentem tatuagens ou marcas corporais que demonstrem simpatia por ideais que não sejam ofensivos aos preceitos e valores protegidos pela Constituição Federal. “A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada pelo Estado”, ressaltou o ministro.”

“Em seu voto, o ministro Fux assinalou que tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição devem ser coibidas. Observou, por exemplo, que um policial não pode ostentar sinais corporais que signifiquem apologias ao crime ou exaltem organizações criminosas. Entretanto, não pode ter seu ingresso na corporação impedido apenas porque optou por manifestar-se por meio de pigmentação definitiva no corpo.”

“O relator explicou que as Forças Armadas vedam o ingresso de pessoas com tatuagens que transmitam mensagens relacionadas à violação da lei e da ordem, tais como as que discriminem grupos por sua cor, origem, credo, sexo, orientação sexual ou que incitem o consumo de drogas ou a prática de crimes, por entender que são incompatíveis com a função militar.” ***(Reportagem Retirada do site globo.com do dia 17/08/2016).***

Após essa virada com a decisão do STF como ficará a jurisprudência Brasileira com relação a este tema? É constitucional a exclusão de candidato em concurso público em razão de tatuagem?

Após essa decisão que julgou inconstitucional a proibição de tatuagens aos candidatos aos cargos públicos, estabelecida em editais de concursos. A jurisprudência apresentará uma grande virada, pois todos os tribunais de todos os estados terão que decidir em conformidade com a decisão do STF, pois se trata de uma decisão de órgão superior, sendo assim ninguém mais poderá ser excluído de concurso público pelo fato de possuir tatuagem a não ser que o desenho incite violência ou discriminação.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com relação à polêmica ligada à exclusão de candidatos a concursos públicos em razão de possuir tatuagem, após muita discussão e divergências nas decisões dos Tribunais de Justiça brasileiros sobre a constitucionalidade ligada ao tema, o Brasil deu um grande passo com a decisão do STF que julgou inconstitucional a exclusão destes candidatos.

Na decisão os ministros utilizaram de belíssimas palavras para dizer que uma pessoa não é melhor ou pior do que a outra por ser tatuada. O fato de possuir tatuagem pelo corpo, não macula por si, sua honra profissional, o profissionalismo, o respeito às instituições e muito menos diminui a sua competência. A tatuagem, desde que não expressa ideologias terroristas, extremistas, contrária às instituições democráticas, que incitem violência, criminalidade ou incentivem a discriminação ou preconceitos de raça, sexo ou outro conceito, é perfeitamente compatível com o exercício de qualquer cargo público.

Ver-se que na decisão do STF foi observado o princípio da legalidade, onde toda e qualquer forma de poder autoritário é condenado, de modo bem simples e direto, este princípio estabelece que não há crime, tão pouco pena, sem prévia definição legal. Tal instrumento está previsto no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, in verbis: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

Outro importante princípio citado no presente artigo observado pelos ministros em sua decisão é o princípio da isonomia, que é base de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Tal mecanismo tem como essência acabar com os privilégios e tratar todas as pessoas de forma igual. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 contempla tal entendimento em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Outro princípio que não deixou de ser citado pelos ministros, e que o poder público ao criar um edital deve atender, é o princípio da razoabilidade, que diz que não pode exigir requisitos que não sejam adequados, supérfluo para o desempenho da função, como por exemplo possuir tatuagem, pelo contrário, deverá adequá-lo ao certame, para que os limites sejam compatíveis ao cargo pretendido, não desrespeitando assim o princípio em tela.

E por último o princípio da proporcionalidade também foi citado, esse importante princípio mostra-se como um valoroso escudo do cidadão ante a algum ato por parte do poder público, que venha a ferir seus direitos e que o fim a que se

destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados.

Essa decisão do STF confirma todos os pontos levantados neste artigo que o fato de possuir tatuagem em qualquer lugar do corpo, não incapacita ninguém de exercer qualquer cargo e função pública e a exclusão de qualquer pessoa em concurso público, por este motivo, é ilegal. Ademais, viola importantes princípios constitucionais regulamentados pelo nosso ordenamento jurídico ligado a dignidade da pessoa humana.

O relator do RE, ministro Luiz Fux, deixou bem claro no seu parecer que a criação de barreiras desrespeitosas e arbitrárias para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. No entendimento do Ministro, qualquer obstáculo para se ingressar no cargo público deve estar relacionado unicamente ao exercício das funções como, por exemplo, idade ou altura que impossibilitem o exercício de funções específicas.

Luiz Fux disse também que a tatuagem, por si só, não pode ser confundida como uma conduta atentatória aos bons costumes. Segundo ele, a tatuagem passou a representar uma autêntica forma de liberdade de manifestação do indivíduo, pela qual não pode ser punido, sob a pena de violação dos princípios constitucionais. Para o ministro Fux, o respeito à democracia se dá quando se permite aos cidadãos se manifestarem da forma que quiserem, porém, desde que essa manifestação não represente ofensa direta a grupos ou princípios e valores morais e éticos da sociedade.

Em seu entendimento, o desejo de se expressar por meio de tatuagem não pode ser obstáculo para que um cidadão exerça cargo público. “Um policial não se torna melhor ou pior em suas funções apenas por ter tatuagem”, afirmou o Ministro Luiz Fux.

Uma importante citação do Ministro Fux que confirma vários pontos levantados pelo presente artigo, diz que o Estado não pode querer representar o papel de adversário da liberdade de expressão das pessoas, impedindo que candidatos de concursos que possuem tatuagem ou marcas corporais não possam ingressar na carreira pública que almeja. “A máxima de que cada um é feliz à sua maneira deve ser preservada pelo Estado”, ressaltou o ministro.

Após este julgamento, esta decisão do STF deverá ser seguida pelas demais instâncias judiciais ao analisarem casos semelhantes, tendo em vista que o STF é a instância máxima da justiça brasileira e que as jurisdições a baixo devem decidir em conformidade com temas já decididos por eles, sendo assim nenhum tribunal irá mais decidir de forma a excluir candidato a concurso público em razão de possuir tatuagem a não ser que a mesma incite violência ou represente obscenidade.

REFERÊNCIAS

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Breves conceitos sobre o instituto do Concurso Público no Direito Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em nov 2016.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898450%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+898450%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/qzz8hkm>>. Acesso em nov2016

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 190p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: set. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei nº 92/2000. **Dispõe sobre normas gerais relativas a concursos públicos**. Obtido no Senado Federal, via ofício Gab/JB nº000339/01 do Gabinete do Senador Jorge Bornhausen.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 7a ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Iuris(2001).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8a ed. São Paulo: Atlas (1997).

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. 889 p.

KANT, **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, [1785], 1991, ed.70. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.

LE BRETON, David. **Signes d'identité**. Tatouages, piercings et autres marques corporelles. Paris: Métailié, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 24ª ed. atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade et alli. São Paulo: Malheiros(1999).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 1032p.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52

NEGRI, André Del. **Sobre liberdade e questões pertinentes ao preconceito automático nas sociedades descentradas**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011.

SOUSA Éder. **Concurso Público Doutrina e Jurisprudência**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey (2000)

SPITZCOVSKY, Celso. **Concursos Públicos: limitações constitucionais para os editais doutrina e jurisprudência**. 1ª ed. São Paulo, 2004. 247 p.