



Procedência: Procuradoria Administrativa e de Pessoal da AGE (PA/AGE) e Comando Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG)

Interessada: Procuradoria Administrativa e de Pessoal da AGE (PA/AGE) e Comando Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG)

Número: 15.905

Data: 07 de agosto de 2017

Classificação Temática: Concurso Público. Exame de Saúde.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATOS EM CONCURSO PÚBLICO POR POSSUIREM TATUAGEM. NOTA JURÍDICA ORIENTADORA NO ÂMBITO DO CONTENCIOSO. ATUAÇÃO PREVENTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A FIM DE SE EVITAR A JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA E DESNECESSÁRIA. BASES JURÍDICAS FIRMADAS CONFORME RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.450/SP COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA RECONHECIDA PELO STF.

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

Eficácia vinculante do RE nº 898.450 que deve nortear a Administração Pública e justificar a elaboração de nota jurídica orientadora no âmbito da Procuradoria Administrativa da AGE/MG.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta oriunda da Procuradoria Administrativa e de Pessoal da Advocacia-Geral do Estado (PA/AGE), cujo objeto é o encaminhamento de estudo e proposta de elaboração de nota jurídica orientadora



nas ações que versem sobre a exclusão de candidatos em concurso público pelo fato de serem tatuados.

2. Dada a relevância e a repercussão da matéria, o que se pretende é alinhar a atuação da Administração Pública, na elaboração de editais e na realização de concursos, bem como sua atuação consultiva e no contencioso desempenhada pela Advocacia-Geral do Estado, de modo a proceder a uniformização da matéria no âmbito do Estado de Minas Gerais.

3. Há também consulta específica sobre a matéria, oriunda do Comando-Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG) por meio do Ofício nº 1006/2016-Adj. Jurídica/EMBM/1 em que são apresentados os seguintes questionamentos, a partir da Lei 5.301/69 (art. 5º, X, §11) e Resolução Conjunta nº 4278/13:

a) Há necessidade de ser definido de forma objetiva o termo tatuagem compatível? Se sim, esta definição pode ser feita por meio de Resolução do Comandante-Geral das Instituições Militares Estaduais (IME)?

b) Nos termo da Lei 5301/69 qual é a interpretação correta quanto à restrição relativa à tatuagem para ingresso nas IME? A restrição se dá tão somente quando a tatuagem for visível e incompatível, ou dependendo do tamanho e da área corporal abrangida, ainda que não seja incompatível, também pode constituir impedimento à admissão?

c) Considerando que a existência de tatuagem incompatível constitui impedimento legal ao ingresso nas IME, o Comandante-Geral desta pode, por meio de resolução, proibir que os militares já inclusos na Instituição realizem tatuagem? Se sim, esta proibição seria restrita à tatuagem incompatível ou poderia abranger qualquer tatuagem visível quando do uso de uniformes da Instituição?

d) Qual (is) providência (s) poderiam ser adotadas em face de militar que, após seu regular ingresso na Instituição, venha a realizar alguma tatuagem incompatível visível quando do uso dos uniformes regulamentares?



4. Por versarem sobre o mesmo assunto, reunimos os expedientes 1141719 e 129588 (nº de registro no Tribunus), a fim de exarar a presente orientação.
5. Feito o relatório, passa-se a opinar.

PARECER

6. De início, convém ressaltar que as bases da tese jurídica abaixo exposta estão em consonância com o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao dar provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 898450¹, com repercussão geral reconhecida, por maioria, julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público. Foi fixada a seguinte tese 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”**.

7. Não é por demais dizer que “repercussão geral reconhecida” representa uma das exigências dos recursos excepcionais que foi aperfeiçoada pelo Novo Código de Processo Civil/15 (art. 1035). Trazida pela EC nº 45/04 que acrescentou o §3º ao art. 102, da Constituição Federal, o dispositivo prevê o ônus do recorrente de demonstrar “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, a fim de que o “tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

8. O conteúdo normativo do que seja “repercussão geral” foi delimitado pela Lei nº 11.418/2006, que ao acrescentar o art. 543-A, § 1º ao CPC/73 (que corresponde atualmente ao art. 1035, § 1º, CPC/15), assim dispôs:

¹ RE 898.450 julgado na sessão do dia 17 de agosto de 2016.



“§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de **questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.**”

9. Nas lições de Fredie Didier:

"Repercussão geral" é conceito aberto, a ser preenchido por norma infraconstitucional, que se valeu de outros conceitos jurídicos indeterminados, para que se confira maior elasticidade na interpretação dessa exigência, que, afinal, terá a sua exata dimensão delimitada pela interpretação constitucional que fizer o Supremo Tribunal Federal.²

10. E, para o respeitado processualista, o legislador valeu-se corretamente de conceitos jurídicos indeterminados para a aferição de repercussão geral, não obstante seja possível vislumbrar alguns indícios de repercussão geral. Exemplo disso, seria pressupor repercussão geral de questão que, em razão da sua magnitude constitucional, deve ser examinada pelo STF em controle difuso da constitucionalidade, como a que diz respeito à correta interpretação ou aplicação dos direitos fundamentais, que traduzem um conjunto de valores básicos que servem de esteio a toda ordem jurídica - dimensão objetiva dos direitos fundamentais.³ Nos parecendo ser exatamente este o pano de fundo do RE nº 898.450.

11. Fato é que, reconhecida a repercussão geral pelo STF, o pronunciamento do Plenário do STF confere ao precedente **eficácia vinculante**. É dizer, “*vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada*”⁴, haja ou não enunciado sumulado a respeito.

² DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, v. 3, p.365.

³ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., p.366.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 105.



12. Assim, o Recurso Extraordinário passa a ter um papel de destaque na sistemática de precedentes judiciais, na medida em que ao servir de instrumento para a solução de um caso concreto passa a definir o precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada. Em outras palavras:

“Como o recurso extraordinário é o principal instrumento do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes do Pleno do STF em tais casos passam a ter eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa da qual surgiu. A solução do caso vale apenas para as partes (coisa julgada, art. 506 do CPC); mas o precedente tem eficácia erga omnes.”⁵

13. Por tudo isso, a construção de uniformização de tratamento da matéria no âmbito da Administração Pública estadual, não poderia ser outra, senão a observância das diretrizes fixadas pelo STF no referido julgado, cuja ementa segue abaixo colacionada:

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
AM. CURIAE. :UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO GERAL DA UNIAO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A

⁵ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., p.376.



DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIORIZEM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBSCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL *JUDICIAL REVIEW*. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. *IN CASU*, A EXCLUSÃO DO CANDIDATO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFIRMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.
2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992).
3. O Legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais 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.



4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013).
5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.
6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).
7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.
8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.
9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.
10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica "*Freiheitsvermutung*" (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual ao Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de idéias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública.
11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, fazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público.
12. **O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.**
13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiossincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.



14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo como o ser humano desenvolve a sua personalidade.

15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional.

16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao *Miller-Test*, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de

pigmentação, a saber: (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 científico.

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão

de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “*fighting words*”, como, v.g., “morte aos delinquentes”.

18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os

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

19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que “a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, ficará visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança”. Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
Consultoria Jurídica

19.1. Consectariamente 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, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público.

19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos,

discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV).

20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

14. O caso examinado pelo STF teve como origem o acórdão da Apelação em Mandado de Segurança julgado pelo TJSP que reformou a decisão de 1ª instância (concessiva da segurança) ao dar provimento ao recurso interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo e assentar que o candidato que concorria a vaga de soldado da polícia militar não se enquadrava na restrição existente no edital, razão pela qual foi desclassificado do certame.

15. Ressalta-se que, conforme previsão editalícia do concurso *in casu*, na etapa dos exames médicos o candidato deveria atender aos seguintes requisitos:

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, calção 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)

Rafaella Barbosa L...
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062-4



16. 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”.

17. Entretanto, o Ministro Relator Luiz Fux entendeu que:

“(…) 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.

18. Desta maneira, discorreu em seu voto que “*um policial não é melhor ou pior nos seus afazeres públicos por ser tatuado*” e justifica ao repercussão geral da matéria ao explicar que:

“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.

Rafaela Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG-20.123-13
MASP 1.436.062-4



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 discrimen encontra amparo constitucional. Essa matéria, mercê de dotada de um nítido efeito multiplicador, é de inequívoca estatura constitucional.” (Excerto do voto do Min. Luiz Fux)

19. Sendo realmente uma matéria afeta às condições de ingresso em cargos públicos, sobretudo, em carreiras militares, encontramos de maneira semelhante no Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais (Lei 5.301/69) as seguintes disposições:

Art. 5º – O ingresso nas instituições militares estaduais dar-se-á por meio de concurso público, de provas ou de provas e títulos, no posto ou graduação inicial dos quadros previstos no § 1º do art. 13 desta Lei, observados os seguintes requisitos:

(...)

X – não apresentar, quando em uso dos diversos uniformes, tatuagem visível que seja, por seu significado, incompatível com o exercício das atividades de policial militar ou de bombeiro militar.

§ 11 – A existência de tatuagem visível incompatível com o exercício da atividade militar, prevista no inciso X, será comprovada por Oficial médico ou comissão de oficiais médicos dos quadros da instituição militar ou por médicos contratados, em laudo devidamente fundamentado.

§ 12 – Comprovada a existência de tatuagem visível incompatível com a atividade militar, na forma do § 11, caberá recurso à junta examinadora, observados os prazos e procedimentos previstos no edital do concurso.

20. Ademais, a Resolução Conjunta nº 4278/13-PMMG/CBMMG que dispõe sobre perícias, licenças e dispensas saúde, traz em seu Anexo “E”, no Grupo XI, a relação de doenças e alterações da pele, subcutâneos e anexos incompatíveis com a função policial/bombeiro militar, estando neste rol inseridas as tatuagens, a saber:

Rafaela Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186-867



GRUPO XI: DOENÇAS E ALTERAÇÕES DA PELE,
SUBCUTÂNEO E ANEXOS

9. tatuagem no corpo do candidato, visível quando do uso dos diversos uniformes, que, por seu significado, seja incompatível com o exercício das atividades de policial ou bombeiro militar (por exemplo, quando afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das IME, ou que apresentem símbolos e/ou inscrições alusivos a ideologias socialmente reprovadas; que preguem a violência, a criminalidade, discriminação ou preconceitos de raça, credo, sexo ou origem; as relacionadas a idéias ou atos libidinosos ou ofensivos às IME; que, de acordo com o tamanho, forma e área corporal abrangida, afete a imagem das IME).

21. Daí, a intenção de perquirir no Recurso Extraordinário nº 898.450 se: *i)* o edital de concurso para provimento de cargo ou emprego público pode conter restrição dirigida aos candidatos não prevista em lei? e, *ii)* 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?

22. Em resposta a estes questionamentos, trazemos pela clareza e profundidade quase que acadêmica em que o tema foi tratado, alguns excertos esparsos do voto do Min. Luiz Fuz, Relator do RE nº 898.450, que delinearam a sua proposta de tese objetiva em sede de repercussão geral. Segundo o Ministro:

“(…) 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.**”

“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.”

“*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.**”



“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.

“(…) 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.”

“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.”

“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.”

23. Perceba que o ponto central consiste na proteção da liberdade de expressão e a necessidade de desnudar o (pre)conceito que historicamente se associou às pessoas que possuem tatuagens, sem perder de vista que a liberdade de expressão não é um direito absoluto. Nesse sentido, conforme ressalta o Ministro Fux: *“as tatuagens que prejudiquem a disciplina e a boa ordem, sejam extremistas, racistas, preconceituosas ou que atentem contra a instituição devem ser coibidas”*. Além disso, destaca:

“(…) tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que puguem 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.

(...)

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.**” (grifamos)

24. Posto isto, foi pelo Ministro Relator encaminhada a seguinte tese para aprovação pelo Tribunal: “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.”

25. Na votação, o Ministro Fachin aderiu às razões do Relator, no entanto, sugeriu que a tese firmada fosse: “É vedado à Administração Pública, independentemente de lei, excluir de concurso público candidato com qualquer forma de tatuagem que seja expressão de conteúdo constitucionalmente protegido”. Isto porque, segundo ele:

“É evidente que há tatuagens que expressam mensagens racistas, preconceituosas, incitadoras de ódio e discriminação a grupos ou pessoas específicas, e que o regime inaugurado pela Constituição da República coíbe, diante da necessidade de proteção dos valores democráticos e da dignidade da pessoa humana. Tais condutas, que em sua maioria já consistem em atos criminosos devidamente tipificados pela legislação criminal, não podem ser admitidas sob pena de subversão de todo o arcabouço protetivo que a Constituição Federal buscou instituir aos direitos fundamentais e ao pluralismo de ideias.



Assim, somente se mostra razoável a vedação à presença desse tipo de tatuagens nos candidatos que pretendem integrar o serviço público, notadamente as carreiras nas Polícias Estaduais e Federais, bem como as Forças Armadas e outros cargos estratégicos à Administração Pública, quando é o próprio texto constitucional a estabelecer as balizas para a restrição a tatuados que ostentem símbolos, frases, figuras que traduzam intolerância, preconceito e outras formas de discriminação a grupos e pessoas.

Nessa toada, mostra-se prescindível a exigência de lei específica a definir e especificar as tatuagens permitidas e aquelas vedadas para o ingresso em cargos e empregos públicos, uma vez que, em atenção ao direito fundamental à liberdade de expressão e ao princípio da dignidade da pessoa humana, somente a Constituição da República pode impor limites ao conteúdo dessas tatuagens, não se admitindo que cada ente da federação possa regular a matéria discricionariamente.” (grifamos)

26. Na sequência, o Ministro Barroso argumenta que “*o papel do Estado é permitir que cada um viva a sua própria convicção, o seu ideal de vida boa*”, de forma que também vota pelo provimento do RE, mas apresenta uma versão mais minimalista da tese, nos seguintes termos: “**Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo em situações excepcionais por violação a valores constitucionais.**”

27. O Ministro Luiz Fux acolheu a proposta minimalista formulado pelo Ministro Roberto Barroso, sendo que o Tribunal, por maioria (vencido apenas o Ministro Marco Aurélio) e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao RE e fixou a tese nos termos expostos no parágrafo anterior.

28. Portanto, pelas razões expostas no referido julgado e firme no caráter subjacente do direito fundamental ao uso da tatuagem, bem como na eficácia vinculante do RE nº 898.450 julgado sob a sistemática da repercussão geral, a respeito dos questionamentos apresentados pelo Comando Geral do Corpo de Bombeiros de Minas Gerais temos a opinar que:

Rafaela Barbosa Leão
Procuradora do Estado
OAB/MG 107.724
MASP 1.186.062.4



29. **1º questionamento: Há necessidade de ser definido de forma objetiva o termo tatuagem compatível? Se sim, esta definição pode ser feita por meio de Resolução do Comandante-Geral das Instituições Militares Estaduais (IME)?**

30. Entendemos que não há necessidade de se definir objetiva e exaustivamente o termo “tatuagem compatível”, por meio de Resolução. Isto porque, a incompatibilidade é a antítese da “tatuagem compatível”, devendo ser apenas as tatuagens de manifesta propagação de ódio e de caráter preconceituoso serem coibidas. Listar desenhos, formas, símbolos e outras formas “compatíveis” de tatuagens seria praticamente querer esgotar o inesgotável, eis que a criatividade humana e as suas diversas formas de manifestação não são passíveis de se amoldar em um texto estanque e atemporal.

31. A própria Resolução Conjunta nº 4278/13-PMMG/CBMMG já detalha o art. 5º, Inciso X, § 11, do Estatuto dos Militares, no sentido de prever o que é incompatível com o exercício das atividades de policial e bombeiro militar. Nesse sentido, disciplina: “quando afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das IME, ou que apresentem símbolos e/ou inscrições alusivos a ideologias socialmente reprovadas; que preguem a violência, a criminalidade, discriminação ou preconceitos de raça, credo, sexo ou origem; as relacionadas a ideias ou atos libidinosos ou ofensivos às IME”.

32. Em última análise, ainda nos termos estabelecido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. IX, n.3, letras “a” e “b”), a **liberdade de opinião ou de expressão deve respeitar os direitos e a reputação das demais pessoas e também, de outro lado, a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral pública.**

33. **2º questionamento: Nos termos da Lei 5301/69 qual é a interpretação correta quanto à restrição relativa à tatuagem para ingresso nas IME? A restrição se dá tão somente quando a tatuagem for visível e**



incompatível, ou dependendo do tamanho e da área corporal abrangida, ainda que não seja incompatível, também pode constituir impedimento à admissão?

34. Opinamos que a melhor exegese ao requisito impeditivo para ingresso às instituições militares de “não apresentar, quando em uso dos diversos uniformes, tatuagem visível que seja, por seu significado, incompatível com o exercício das atividades de policial militar ou de bombeiro militar”, é no sentido de que caso a tatuagem seja visível, ela por si só não pode constituir impedimento à admissão. Somente constituirá se pelo seu conteúdo transmitir 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 práticas de crimes, por serem, por óbvio, incompatíveis com a função militar.

35. À luz do RE nº 898.450, não é o tamanho ou a área corporal abrangida que definirá o impedimento ao ingresso nas IME e, sim, o conteúdo ou a mensagem transmitida pela tatuagem ou marca que sejam manifestamente incompatíveis com os valores éticos e sociais da atividade a ser desempenhada pelo seu detentor.

36. **3º questionamento: Considerando que a existência de tatuagem incompatível constitui impedimento legal ao ingresso nas IME, o Comandante-Geral desta pode, por meio de resolução, proibir que os militares já inclusos na Instituição realizem tatuagem? Se sim, esta proibição seria restrita à tatuagem incompatível ou poderia abranger qualquer tatuagem visível quando do uso de uniformes da Instituição?**

37. Como posto no voto do Ministro Celso de Mello: “(...) o Estado, em regra, não pode interferir na esfera de autonomia privada das pessoas, para, sem causa legítima, restringir-lhes a sua liberdade individual, o seu direito de escolha, a sua liberdade de opção”. Nesta toada, entendemos que proibir militares que já ingressaram na carreira de realizarem tatuagens seria exceder a discricionariedade conferida à Administração. No entanto, o tratamento



conferido ao candidato de concurso público não pode ser diferente do militar já incorporado à instituição, de modo que, a realização de tatuagem posterior ao ingresso, de igual modo deve guardar conformidade com a atividade militar por ele desempenhada.

38. 4º questionamento) Qual (is) providência (s) poderiam ser adotadas em face de militar que, após seu regular ingresso na Instituição, venha a realizar alguma tatuagem incompatível visível quando do uso dos uniformes regulamentares?

39. Aderimos, pelas mesmas razões expostas no RE nº 898.450, que a restrição ao uso de tatuagens somente podem ser impostas em situações excepcionais por violação a valores constitucionais, portanto, ao militar que apresente tatuagem visível, mesmo no uso de uniformes regulamentares, desde que não seja incompatível com o desempenho da função militar, não seria possível adotar qualquer medida sancionatória. Caso, no entanto, a tatuagem seja incompatível e ofensiva à lei e à moral, caberá a instituição tomar as medidas disciplinares cabíveis.

40. Por fim, no que toca a provocação da Procuradoria Administrativa da Advocacia-Geral do Estado no intuito de aperfeiçoar e otimizar sua atuação no contencioso, somos favoráveis a aprovação da Nota Jurídica Orientadora, nos moldes em que foi elaborada pelo Procurador do Estado Alessandro Henrique Soares Castelo Branco, a qual recomenda a dispensa de interposição de recursos contra decisões que, em consonância com a decisão proferida pelo STF no RE nº 898.450, conclua pela inconstitucionalidade da exclusão de candidatos pelo fato de portarem tatuagem.

41. Reforça-se também a ressalva ora apresentada na minuta da nota jurídica orientadora de que “possivelmente casos existirão nos quais a discussão prevalecerá, por força do conteúdo da tatuagem. Desde que devidamente fundamentado, de forma clara e objetiva, não caberia ao órgão de assessoramento jurídico substituir o administrador público. Nestas hipóteses, prevalecendo a presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo,



restará ao contencioso a sua defesa em juízo, com a interposição dos recursos cabíveis.”

CONCLUSÃO

42. Por todo o exposto, primando pela atuação preventiva da Administração Pública a fim de se evitar demandas judiciais desnecessárias e firme na eficácia vinculante e os efeitos contra todos do RE nº 898.450, opinamos pela observância da Administração Pública Estadual na elaboração de editais e realização de concursos públicos que atendam a seguinte tese firmada pelo STF: “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.”

43. Opinamos, ainda, favoravelmente, a aprovação da Nota Jurídica Orientadora no âmbito da PA que recomende a dispensa de interposição de recursos contra decisões que, em consonância com a decisão proferida pelo STF no RE nº 898.450, conclua pela inconstitucionalidade da exclusão de candidatos pelo fato de portarem tatuagem.

Belo Horizonte, 31 de julho de 2017.

RAFAELLA BARBOSA LEÃO
Procuradora do Estado
MASP 1.186.062-4 – OAB/MG 107.724

Aprovado em: 03 de agosto de 2017.

Danilo Antonio de Souza Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Onofre Alves Baites Júnior
Advogado-Geral do Estado

Advogado-Geral do Estado