



Concursos públicos e restrições ao uso de tatuagens: o poder simbólico do estado e o caso do recurso extraordinário 898.450 julgado pelo STF

Leonel Pires Ohlweiler*

Introdução

O tema do controle jurisdicional de concursos públicos é bastante conhecido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os diversos contextos históricos da constitucionalização da Administração Pública brasileira, conforme será examinado, demonstram a relevância da questão, sendo que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.450-São Paulo, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 18 de agosto de 2016, é paradigmático. A importância do julgado reside não somente na metodologia utilizada, a partir da reflexão do contexto histórico e social do tema julgado, mas pelo sentido constitucional atribuído ao certame público no âmbito do Estado Democrático de Direito.

A Administração Pública, por força da regra constitucional do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal, possui a prerrogativa de construir os requisitos concretos para a investidura em cargos públicos, considerando as indicações do texto constitucional. É exatamente tal prerrogativa, em última análise, que o STF debate, circunscrevendo a sua utilização em outros parâmetros, em especial quando alguns requisitos são de tal ordem que afetam direitos fundamentais.

O caso examinado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, discutiu os limites de o Estado restringir o uso de tatuagens permanentes por parte de candidatos a concursos públicos. A discussão aqui travada, portanto, na linha dos argumentos desenvolvidos no curso do processo, foi entabulada por meio dos próprios limites da discricionariedade administrativa, da liberdade de expressão e a legitimidade do Estado para impor limites ao uso do corpo.

A necessária relação entre esses temas, por si só, justifica a presente investigação. No entanto, o citado recurso extraordinário igualmente examinou aspectos como a concepção de legalidade no Estado constitucional e a elaboração de editais de concurso

público, os próprios limites do legislador no que tange à criação de barreiras legais arbitrárias e desproporcionais. Os requisitos para investidura em cargos públicos legitimam-se pelo caráter relacional com as atribuições do cargo. O sentido atribuído às tatuagens não pode desconsiderar todo o contexto histórico e social no qual estão inseridas hodiernamente. O Estado, portanto, deve agir com excepcionalidade ao regular o uso do corpo por parte dos cidadãos e não pode, sob pena de lhe faltar legitimidade constitucional, atuar como inimigo da liberdade de expressão. No entanto, como algo inerente à própria teoria dos direitos fundamentais, há limites para o exercício da liberdade de expressão.

A referência aos tópicos da importante repercussão geral aqui analisada demonstra a gama de desdobramentos nas administrações de Estados, Municípios e da União. A investigação utilizou a metodologia de estudo de casos, por meio da qual a contextualização de um caso específico, por qualidades da relevância do tema e amplitude do debate, é de grande utilidade para a construção de concepções teóricas. Com efeito, a metodologia utilizada prima pela discussão sobre as diversas camadas que a decisão do STF possui e repercute para o Direito Administrativo, articulando-se as questões de fato com as questões de direito. Mais do que descrição de argumentos, o estudo de caso volta-se para erigir princípios sobre determinado tema proposto.

Inicialmente discute-se o sentido atribuído ao concurso público, instituto tradicional do Direito Administrativo, mas considerando os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tornando-se relevante a problematização dos diversos contextos constitucionais da Administração Pública brasileira.

Após, no segundo tópico, examina a decisão do STF sobre a restrição ao uso de tatuagem por candidatos de concurso público, como já aludido, processada sob o regime de repercussão geral. Ao final, com a imbricação entre as questões de fato e de direito, os requisitos de acesso aos cargos públicos e os respectivos editais de concursos, são reconstruídos sob o olhar das dimensões jurídicas e sociológicas, permitindo refletir sobre a denominada juridicidade democrática.

Os desdobramentos possíveis do caso ora em debate são diversos e a breve investigação aqui realizada propõe-se a destacar alguns, cruciais para compreender o instituto do concurso público como autêntico processo de emancipação.

O sentido democrático dos concursos públicos no direito administrativo brasileiro

O concurso público configura-se como um processo administrativo por meio do qual são concretizados, como refere Cármen Lúcia Antunes Rocha, aspectos relacionados com o merecimento do candidato à investidura em cargo ou emprego público, considerando as características das funções, configurando-se como meio de materializar a concepção de isonomia, igualdade de oportunidades para todos os cidadãos,

além da necessária impessoalidade¹. Portanto, está diretamente relacionado com o modelo de Estado e os critérios institucionalizados para acesso à Administração Pública. J.J. Gomes Canotilho, ao examinar as relações entre Constitucionalismo e Administração Pública, refere que a questão insere-se no programa constitucional revolucionário, pois se tratava de reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos, ou seja, “a afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo”².

No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o acima aludido integra o processo de construção da história institucional da Administração Pública e seus dilemas, passando por práticas do Estado Dinástico à Casa do Rei³ até o modo de ser burocrático de seleção dos agentes públicos. Apenas para exemplificar⁴, na Constituição Imperial de 1824, com nítida inspiração na Declaração Francesa de 1789⁵, o inciso XIV do artigo 179 consignava: “Todo cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes”. Sob o ponto de vista da efetividade, o acesso à Administração seguia o padrão dinástico do período colonial, preponderando vontades oficiais e o sistema de privilégios, cuja decisão era marcadamente uma escolha construída a partir de referências discricionárias e políticas.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891, no artigo 73, na Seção referente à Declaração de Direitos, estabelecia que “os cargos públicos civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações

¹ **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 201. Sobre o processo de recrutamento de funcionários ver DUPUIS, George, GUÉDON, Marie-José e CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif**. 5ªed. Paris: Armand Colin, 1996. p. 310. No entendimento de Enrique Sayagués Laso “el concurso es una operación a procedimiento, integrada por una serie de actos y hechos administrativos, que tiene por objeto seleccionar las personas más capaces para el ejercicio de las funciones públicas”. (*Tratado de Derecho Administrativo*, I, 10ª ed. Montevideo-Uruguay: Fundación Cultura Universitaria, 2015. p. 288). Conforme Adilson Abreu Dallari, “concurso público é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados”. (**Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 36).

² **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 119. A premissa assentava-se no próprio pressuposto da igualdade nas relações jurídicas. Como aduz o autor, a legislação administrativa, ao configurar a influência do princípio, fixou as bases para que o exercício dos cargos e funções públicas deixa de fundar-se em bases particularistas de privilégios. Outrossim, segundo a ideia de lei geral e igual para todos, os requisitos para tal acesso seriam aqueles fixados em lei.

³ Expressões utilizadas por Pierre Bourdieu no artigo intitulado *Da Casa do Rei à Razão do Estado: um modelo da gênese do campo burocrático*, In: O Mistério do Ministério. Pierre Bourdieu e a Política Democrática. Loïc Wacquant (Organizador). Rio de Janeiro: Revan, 2000. p.41-69.

⁴ No que tange à evolução do instituto do concurso público nas Constituições brasileiras ver MOTTA, Fabrício. Direitos Fundamentais e Concurso Público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Edição Especial, Ano XXVIII. p.68-85 e REZENDE, Renato Monteiro. *Concurso Público: avanços e retrocessos*, In: <https://www12.senado.leg.br/.../concurso-publico-a-vancos-e-retrocessos>. Acesso em 17.02.2018.

⁵ O artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previa “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. O contexto francês, no entanto, foi para reforçar, ainda que em ambiente de Estado Liberal, a igualdade dos cidadãos franceses no acesso aos cargos públicos, além da tentativa de retirar o caráter patrimonial, dois aspectos não presentes no contexto imperial da Administração brasileira. Em relação à igualdade no caso francês, ver DUPUIS, Gegorge, GUÉDON, Marie-José e CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif**. 5ªed. Paris: Armand Colin, 1996. p. 311. O Decreto nº 4440, de 10 de dezembro de 1845 constitui-se marco normativo sobre concursos no período do Brasil Império, pois o decreto regulou o concurso para as Cadeiras Públicas de Primeiras Letras pertencentes ao Município da Corte.

remuneradas”. Muito embora o texto representasse significativo avanço, ao prever a ideia de amplo acesso aos cargos públicos, seja civil ou militar, consignou de modo expresso a relação com a lei, instrumento normativo no qual as “condições de capacidade especial” deveriam estar previstas. Logo, caracteriza-se pela diminuição da esfera de liberdade, muito embora em termos de efetividade, mais uma vez, o mundo prático é tomado pela política clientelista e chancela do arbítrio. Para Alcides Cruz, em sua obra, *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1914, ao examinar os requisitos para ser admitido no serviço público, dentre outros, destaca a capacidade intelectual, mas aludindo de modo expresso:

O meio de evitar o acesso de pessoas totalmente ineptas, ao desempenho de funções publicas, é o provimento do primeiro posto por meio de concurso, rigoroso e julgado com isenção de animo ou influência partidária. No estado actual das cousas, e em que o patronato alçou vôo, não é possível contar com o merecimento como o único e o mais essencial dos requisitos para o exercício da função publica.⁶

O texto da Constituição de 1934, por sua vez, disciplinou a questão determinando ao Poder Legislativo votar o Estatuto dos Funcionários Públicos, e que deveria obedecer, dentre outras normas, a da primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-ia depois de exames de sanidade e concurso de provas ou títulos. Com certeza, a previsão constitucional ainda deixava a desejar, se comparada com o atual regramento sobre a matéria, mas foi positiva a determinação da edição do Estatuto dos Funcionários Públicos, muito embora o concurso público fosse circunscrito à primeira investidura e, no plano, constitucional, apenas para cargos estruturados em carreira⁷. No entanto, o texto constitucional teve duração efêmera, pois em 1937, com a ditadura instalada no Brasil, foi decretada em 10 de novembro a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil. O artigo 156, “b”, disciplinava a competência do Poder Legislativo para organizar o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo ao preceito de a primeira investidura nos cargos de carreira ocorrer mediante concurso de provas ou de títulos, não se alterando sob a perspectiva constitucional, a previsão da Constituição anterior⁸. Em 1939, vale destacar, foi editado o Decreto nº 1.713, de 28 de outubro, dispondo sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, sendo que o artigo 18 previa os concursos, de provas ou títulos, ou de provas e títulos, na conformidade das leis e regulamentos ou, na falta destes, de acordo com as instruções expedidas pelo órgão competente.

Para Themistocles Brandão Cavalcanti a capacidade para ingresso no serviço público pressupõe a aptidão, cabendo à Administração Pública realizar uma seleção dos mais capazes. O autor, em seu *Tratado*

⁶ **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Francisco Alves e Cia: São Paulo, 1914. p. 91.

⁷ Destaca-se no período a Lei nº 367, de 31 de dezembro de 1936, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI), em cujo artigo 15, ao fixar as atribuições da Comissão Organizadora, a de “organizar e dirigir os concursos e provas de habilitação de todo o pessoal a ser admitido inicialmente no instituto”. Posteriormente, em 27 de agosto de 1937, foi editado o Decreto nº 1.918, aprovando o regulamento do IAPI. No artigo 153 havia previsão expressa de que todos os cargos efetivos do instituto seriam providos mediante concurso ou prova de habilitação e o no artigo 157 foram disciplinadas condições para a admissão no concurso ou prova de habilitação.

⁸ MOTTA, Fabrício. **Direitos Fundamentais e Concurso Público**. p.70. Vale mencionar que o tema sobre concursos públicos não ocupava na época, em termos doutrinários, a importância de hoje. Na obra de Tito Prates da Fonseca há alusões esparsas, como na referência sobre a competência para a nomeação, o autor refere: “Para garantir a perfeição da investidura, são impostas formalidades anteriores – concurso, etc. – ou posteriores – ratificação – aprovação”. (**Direito Administrativo**, Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro/São Paulo, 1939. p. 270).

de *Direito Administrativo*, cuja primeira edição é de 1942, já destacava que a seleção mais necessária entre os candidatos à função pública é a intelectual, cujo melhor processo é o “concurso orientado por processos técnicos adequados, hoje muito aperfeiçoados, em consequência de estudos modernos aplicados com resultados satisfatórios”. A Constituição de 1946, no título específico dos Funcionários Públicos, disciplinou no artigo 186 que a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde. Sob a égide do texto constitucional de 1946, Themistocles Brandão Cavalcanti já aludia que no Brasil o concurso tem sido o meio mais indicado para provimento de cargos técnicos, notadamente os de professores e de Fazenda, “não obstante a inconstância, irregularidades e exceções, infelizmente seguidas, e que tem desmoralizado o sistema entre nós. O provimento dos cargos por concurso constitui mesmo postulado constitucional que não pode ser iludido com sofismas, tal sua clareza”.¹⁰

Com nova instauração de ditadura no Brasil, a Constituição de 1967 disciplinou a matéria em diversos dispositivos, destacando-se o da regra geral, artigo 95§§ 1º e 2º, iniciando com a referência de os cargos públicos serem acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. A nomeação para cargo público exigia aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (§1º), prescindindo de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (§2º). No entanto, com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, modificou-se a redação com a regra do artigo 97, §1º, novamente introduzindo no direito constitucional brasileiro o entendimento segundo o qual a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei. Foram diversos problemas causados pela alteração, aumentando práticas não republicanas por meio de processos seletivos para empregos públicos, ausência de certames em empresas públicas e sociedades de economias mistas e o surgimento de diplomas legais em diversos Estados dispensando a realização de concursos públicos para cargos de provimento efetivo¹¹.

Com a nota característica do período, o Decreto-lei nº 200 de 1967, no Título XI, estabeleceu regramento próprio para o Pessoal Civil da Administração Pública, com o artigo 94 disciplinando a incumbência do Poder Executivo de prometer a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do Serviço Público, com o objetivo de ajustá-las a diversos princípios ali enumerados, como a profissionalização e aperfeiçoamento do servidor público, fortalecimento do Sistema de Mérito para ingresso na função pública, acesso a função superior e escolha do ocupante de funções de direção e assessoramento.

A redemocratização do país e a Constituição Federal de 1988 inseriram o concurso público em novo patamar, agora compreendido a partir da própria concepção de República e Estado Democrático de Direito, muito embora ainda sejam comuns ações fraudulentas direcionadas para o provimento de cargos e empregos públicos. Sob a perspectiva da acessibilidade, o artigo 37, inciso I, CF, disciplinou que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em

⁹ *Tratado de Direito Administrativo*, Volume III, 2ªed. Livraria Editora Freitas Bastos: São Paulo/Rio de Janeiro, 1948. p. 147.

¹⁰ *Tratado de Direito Administrativo*, Volume III. p. 190.

¹¹ Segundo referência de REZENDE, Renato Monteiro. **Concurso Público: avanços e retrocessos**. p.10-12.

lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei, sendo que no inciso II há a regra específica da investidura em cargo e emprego público, condicionada à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos¹², cuja redação dada pela EC nº 19/98, detalhou “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, explicitando-se a exceção do cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Com efeito, o instituto do concurso público insere-se no horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), cujo princípio democrático, dentre outros aspectos, destaca-se como democracia participativa, ou seja, segundo alude J. J. Gomes Canotilho, “a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”¹³. O concurso público não deve ser vislumbrado como processo burocrático somente, mas autêntico “processo público” de democratização das estruturas de poder da Administração Pública, de modo que todos interessados em participar do certame aprendam com a fixação de regras para acesso aos cargos públicos e interajam no jogo de competição e sempre considerando o *ethos* da Administração construído intersubjetivamente com o diálogo constitucional. Ao mesmo tempo, uma vez obtida a investidura, o concurso alcança o propósito de participação do cidadão¹⁴ na tomada de decisões administrativas, a partir dos espaços de competência regularmente fixados, esperando-se simultaneamente, considerando a qualidade do agente, colaboração para o aperfeiçoamento do *habitus* burocrático. No entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio da participação, em termos de acessibilidade, significa que “a titularização dos cargos públicos constitui, assim, uma forma de participação na estrutura real do Poder”¹⁵.

Além do aspecto da democracia participativa, o princípio democrático atua como informador do Estado e da Sociedade, nos diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, na referência de J. J. Gomes Canotilho¹⁶, impactando de modo direto o desenvolvimento da estrutura interna dos concursos públicos, como a formação das comissões, o processo de competição dos candidatos, ou seja, a própria gestão das políticas de pessoal, incluindo-se o aludido pelo autor “democratização da democracia”. No caso brasileiro, por certo as referências do Estado Democrático do artigo 1º, e tantas outras inseridas ao longo do texto constitucional, não importam eliminação das estruturas de poder no campo burocrático da Administração Pública, mas, sob a perspectiva do sentido democrático, determinam repensar a forma de organização, pois o princípio democrático permite tal organização segundo programas de autodetermina-

¹² Conforme Pinto Ferreira, o princípio do concurso público foi consagrado depois de muitas lutas, sendo que “dois sistemas prevaleceram na história do funcionalismo público: o *Spoil system* (sistema de protecionismo e afilhadismo) e o *Merit system* (ou sistema do mérito). O *Spoil system* começou com Jefferson em 1801 e foi posteriormente justificado por Jackson, pretendendo que os servidores nomeados por um partido vitorioso no governo devem ser substituídos por outros quando mudar o partido, por tratar-se de prática de rodízio democrático. Fritz Muench observa que a decisão por um dos dois sistemas é semelhante ao problema da quadratura do círculo”. (**Comentários à Constituição Brasileira**, 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 369).

¹³ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 282.

¹⁴ Sobre o tema da participação na atividade administrativa ver COCCONI, Monica. **La partecipazione All'Attività Amministrativa Generale**. Padova: CEDAM, 2010, em especial o Capítulo I no qual a autora analisa a relação entre democracia participativa e o procedimento administrativo. No âmbito nacional PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática. Institutos de participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

¹⁵ **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. p. 145.

¹⁶ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 282.

ção e autogoverno, com potencialidades para o controle exercido pelos cidadãos¹⁷.

No entendimento de Cármen Lúcia Antunes Rocha, a acessibilidade aos cargos públicos relaciona-se ainda com os princípios republicano e o da igualdade. Enquanto o primeiro alude o dever de prover cargos públicos com a oferta a todos os cidadãos, desde que cumpridos requisitos legais determinados e, sobretudo necessários para o bom desempenho das funções públicas, o segundo obriga o Estado a concretizar, materializar a igualdade de oportunidades, possibilitando às pessoas o ingresso no serviço público. Para tal, como alude a autora, é crucial observar o seguinte:

Não se destratam os cidadãos de uma república segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o desempenho dos encargos de que se devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado. Mais ainda, no Estado Democrático de Direito, há que se obrigar as entidades políticas a cuidar para que todos os cidadãos se dotem das condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo, da função e do emprego público.¹⁸

Tais referências são relevantes para discutir a decisão do Supremo Tribunal Federal, objeto deste breve estudo, pois os requisitos de acesso aos cargos públicos devem ser construídos democraticamente e de modo objetivo para evitar a inserção de arbitrariedades na acessibilidade, filtrando-se o entendimento da Administração Pública de posturas carregadas de preconceitos, no sentido negativo da expressão, ou elementos estranhos à qualificação e condições específicas e constitucionalmente legítimas para o exercício das funções.

O julgamento do recurso extraordinário nº 898.450 pelo Supremo Tribunal Federal: democracia e restrição das tatuagens

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a restrição ao uso de tatuagens por candidatos de concurso público, processada sob o regime de repercussão geral, versa sobre as indicações democráticas de acesso aos cargos e empregos públicos, concretizando a integridade da Constituição Federal. A par das teses fixadas no julgamento, as discussões travadas pelos Ministros são capazes de permitir compreender a própria visão sobre a) a concepção de concurso público no Estado Democrático de Direito; b) a função dos requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos e c) a restrição às tatuagens como modo de diálogo com as liberdades públicas.

Com intuito de contextualizar, a decisão originou-se a partir do julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da Apelação nº 0054636-15.2009.8.26.0053, no mandado de segurança impetrado por candidato ao Concurso Público de Soldado da Polícia Militar de 2ª Classe, excluído do certame em virtude de ostentar tatuagem em sua perna direita que, segundo a autoridade apontada como coatora, estaria em desacordo com as regras do edital. No entanto, sustentou a pouca dimensão da tatuagem e a circunstância de não atentar contra a moral e os bons costumes. No 1º Grau de jurisdição a ordem foi concedida, mas a decisão foi alterada pelo TJSP, por maioria, prevalecendo o entendimento segundo

¹⁷ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 284.

¹⁸ **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. p. 149.

o qual tal restrição constava no edital do concurso e a tatuagem do candidato não atendia os requisitos fixados. A tatuagem não era de pequenas dimensões e ocupava quase a totalidade lateral da perna direita, ficando visível quando utilizados os uniformes da corporação. Vale mencionar a existência de voto vencido no julgamento do TJSP, com o argumento de não haver previsão legal capaz de fundamentar tal restrição ao uso de tatuagem imposta ao candidato.

No STF, por maioria, foi dado provimento ao Recurso Extraordinário interposto, em sede de Repercussão Geral, Tema 838, com a fixação da seguinte tese: “Editais de concurso público não podem estabelecer restrições a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”. Como mencionado, além da tese fixada, o julgamento contém diversos elementos sobre o instituto do concurso público.

O Concurso Público como Mecanismo para Aprofundar a Democracia

De plano, o julgamento do recurso extraordinário debateu as relações entre concurso público e democracia, especialmente a partir do foco das liberdades públicas. Para os Ministros do Supremo Tribunal Federal qualquer exame sobre o tema exige focar no conjunto de indicações constitucionais. Como destacado no item anterior sobre o paulatino processo de construção do concurso público no Brasil, o texto da Constituição é primordial para efetivar o controle jurisdicional, sendo que a Ministra Rosa Weber alude de modo expresso que a aferição de constitucionalidade dos editais deve utilizar-se dos parâmetros, em conjunto, dos artigos 5º, inciso I, e 37, incisos I e II, da Constituição Federal.

Aprofundando tal concepção, o Ministro Edson Fachin utilizou os artigos 1º e 3º da Constituição Federal para mencionar: “é essa concepção de Estado Democrático de Direito, na qual se sobrelevam o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a proteção do indivíduo em face de quaisquer formas de discriminação, como corolários desse pluralismo ínsito ao nosso modelo democrático, que se mostra como pano de fundo ao debate ora travado”. O concurso público, portanto, não somente deve ser vislumbrado por meio do pano de fundo do princípio democrático, mas se caracteriza como processo público para materializar a cidadania.

Concurso Público e a Juridicidade Constitucional do STF

Na decisão em exame, é possível constatar o entendimento do STF sobre o conjunto de indicações normativas para o controle jurisdicional dos concursos públicos. O Ministro Relator Luiz Fux, adotou como premissa a necessidade de reafirmar a jurisprudência de que qualquer restrição para o acesso a cargo público constante em editais de concursos depende de específica menção em lei formal. A preocupação decorre da circunstância de, ao fixar requisitos a serem cumpridos pelos candidatos, não ocorra prática de arbitrariedades, bem como violação de direitos fundamentais. Muito embora, conforme será destacado, o julgamento do RE 89840/SP ainda enseje algumas perplexidades sob o ponto de vista de uma concepção de garantia contra o uso abusivo de poderes administrativos, a exigência de lei formal representa, de algum

modo, a tentativa de retirar da esfera de discricionariedade da Administração Pública a fixação dos critérios de seleção em certames públicos.

É importante reafirmar o posicionamento do STF, cuja linha de raciocínio fundamentou-se em outros casos examinados, como a prerrogativa de fixar limite de idade. Tais debates que durante algum tempo tomaram o cenário judicial do STF, culminaram com o entendimento sumular sobre a necessidade de previsão legal específica. O Relator assim aludiu:

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

Mais uma vez preponderou o entendimento segundo o qual quaisquer restrições ou requisitos estabelecidos em editais, regulamentos, portarias, são inconstitucionais caso não houver lei dispendo sobre a matéria. Mas o voto do Ministro Luiz Fux foi adiante ao abordar que, mesmo havendo previsão legal, nem por isso admite-se como legítimo o requisito de acesso ao cargo público, pois o legislador, ao valer-se de sua discricionariedade, não possui a prerrogativa de criar barreiras arbitrárias, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores. Restringir a liberdade do legislador, com efeito, exige o confronto com o conjunto de direitos fundamentais.

O entendimento decorre do pressuposto segundo o qual os direitos fundamentais, como alude Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹, para além da função limitativa do poder, constituem critérios de legitimação do poder estatal e da própria ordem constitucional. No caso, a prerrogativa de o Estado fixar requisitos de acesso aos cargos públicos justifica-se por e pela realização de direitos fundamentais, em hipótese alguma, chancelando decisões autoritárias, resultado de caprichos ou preconceitos. Como aduz o autor, os direitos fundamentais:

“são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui equiparada a abertura material do Catálogo)”²⁰.

No entanto, o pressuposto da juridicidade foi debatido ao longo do julgamento, em especial quanto ao entendimento da questão sobre a discricionariedade da Administração frente ao texto de lei. O Ministro Luiz Fux propôs a primeira tese, a ser decidida em sede de repercussão geral, de que “os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material”. A questão também foi objeto de análise nos votos seguintes, mas o Ministro Luís Roberto Bar-

¹⁹ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 60.

²⁰ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** p. 78.

roso acrescentou que muito embora concorde com a relevância da lei, e a impossibilidade de estabelecer restrições sem prévia disposição legal, agregou: “porém, eu acho que o edital do concurso, eventualmente, pode, sem lei, concretizar um valor constitucional, portanto, eu teria dúvida da exigência de lei em todo e qualquer caso”. O debate sobre o caráter vinculante entre a lei e o edital não foi devidamente aprofundado pelos Ministros do STF, em virtude, principalmente, do caso em julgamento não exigir tal digressão de modo direto, mas resultou na formulação da tese sobre a restrição ao uso de tatuagem sem alusão à expressa previsão em lei.

Deixando em aberta a questão, no que tange ao conteúdo da juridicidade dos requisitos para acesso aos cargos e empregos públicos, outro ponto digno de nota reside no caráter relacional. Segundo o Ministro Luiz Fux, além de o texto normativo respeitar os ditames constitucionais, em especial quando se referir à tutela ou restrição de direitos fundamentais, os obstáculos para acesso a cargos públicos vinculam-se à natureza das atribuições das funções a serem desempenhadas. Trata-se do conteúdo normativo do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/98. A orientação constitucional e do próprio STF indica o propósito da fixação de requisitos em concursos públicos, não para demonstrar a ampla margem de liberdade do Estado e sim focar naquilo que é melhor para o exercício das atribuições do cargo a ser preenchido. Como se verá, por óbvio, no espaço das decisões legislativa e administrativa, é possível aparecer a regulação como modo de manipular a astúcia da razão burocrática, com a delimitação de requisitos representando, em última análise, vontades e caprichos oficiais. Esse é o tom da discussão sobre normatizar restrições ao uso de tatuagens e a relação com o exercício de funções, integrando o dever de justificação, seja do ponto de vista do legislador ou do administrador público. Mais uma vez o exemplo da fixação do limite de idade foi utilizado: “A uníssona jurisprudência dessa Corte, recentemente reafirmada no Plenário Virtual, firmou-se no sentido de que, desde que previsto em lei, o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público é constitucional quando manifestamente justificado pela natureza das atribuições do cargo”.

A Isonomia em Concursos Públicos e a Discriminações Arbitrárias

O outro aspecto necessário para o exame do caso em julgamento foi construir a ideia de isonomia em concursos públicos, com o intuito de avaliar as possibilidades das distinções entre os cidadãos. A análise é importante por considerar que fixar requisitos importa restrição à liberdade e aos direitos fundamentais. Nem todos possuirão condições fáticas necessárias e exigidas pela Administração para a investidura em cargos públicos. O STF, por ocasião do RE 898450, partiu do texto do artigo 5º, caput, da Constituição Federal, a fim de destacar que as restrições em discussão sempre devem ser compreendidas a luz do dever de isonomia, cujo conteúdo não significa tratar todos de modo igual, podendo o legislador construir tratamentos desiguais, mas “desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis” completou o Ministro Luiz Fux.

Há uma passagem relevante no acórdão sobre o tema:

Não é demasiado afirmar que a vida em sociedade, por si, tem o condão de fazer exsurgir condições desiguais

entre os indivíduos. Seja por meio de características naturais inerentes a cada ser humano, como as genéticas, que diferem e singularizam cada um de nós, seja em decorrência de fatores históricos, a realidade se apresenta com uma vasta diversidade social. O Constituinte, ao instituir a isonomia como um princípio de nosso Estado Democrático de Direito, teve como objetivo precípua o implemento de medidas com o escopo de minorar estes fatores discriminatórios.

Não se pode olvidar, seja para fins de institucionalizar por meio da lei ou de ações administrativas casos de tratamentos diferenciados, que a concepção de igualdade é resultado de construções sociais e, muitas vezes, as próprias instituições, públicas ou privadas, erigem a diferenciação entre os indivíduos, mais com o propósito de excluir e desenvolver processos de dominação física ou simbólica. De qualquer modo, o entendimento do caso julgado mencionou de modo expresso: “o fundamento da isonomia tem como destinatário não só a sociedade, como, também, o próprio legislador, uma vez que é vedada a elaboração de norma que estabeleça privilégios ou restrições injustificadas a alguém”. O enunciado, no entanto, ainda que admitido como referência para problematizar a questão, não impede, pelo contrário, exige, o debate sobre a própria justificação para legitimar processos de desigualdade.

Em matéria de concursos públicos, materializando a ideia de juridicidade constitucional já explicitada, caberá à lei fixar elementos normativos exigidos dos candidatos e capazes de diferenciá-los, ou seja, alguns em tese estão legitimados para participarem do certame, enquanto outros de plano já estão excluídos. O STF admitiu a possibilidade de diferenciações, mas mencionou a preocupação com o dever de justificação: “o tratamento diferenciado só é justificável quando destinado a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipótese em que a desigualdade milita em prol da própria isonomia”.

Sobre o que seria justificável, o Ministro Luiz Fux, acompanhado pelos demais, desenvolveu a ideia de relacionar com as atribuições do cargo, por meio da denominada teoria da desigualdade justificada, pois a lei só poderia restringir o acesso caso plenamente justificável para o pertinente desempenho das atividades pelo servidor e, por óbvio, na medida de tal pertinência. É isso que foi compreendido como “justificativa racional”, cuja análise perpassa a discussão sobre o fator de desigualação, que não pode ser tão específico de modo a direcionar-se a pessoa certa e determinada, impondo-se o caráter de generalidade.

O outro aspecto diz respeito à necessidade de a desigualação fundar-se em circunstância fática objetiva: “isso ocorre pelo seguinte motivo: um fator que não acarrete alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais. Características como o sexo, localização espacial, idade, raça, etc., quando não relacionados diretamente com a razão da distinção, não podem justificar a aplicação de norma específica”. E além de tal objetividade, a diferenciação dos cidadãos deve justificar-se a partir dos conteúdos da Constituição Federal, motivo pelo qual, no entendimento do STF, serão inconstitucionais as discriminações injustificadas, verificando-se tal circunstância pela presença de elementos arbitrários no conteúdo das restrições examinadas.

A Tatuagem como Construção Social e a Vedação de Ações Administrativas Discriminatórias

O grande tema contido na decisão do STF, no entanto, diz respeito à concepção adotada pelos

juízes sobre a tatuagem. De plano, sob a perspectiva epistemológica da decisão judicial, aparece algo relevante: a necessidade de, para bem decidir, considerar a dimensão sociológica da tatuagem, cujo modo de acessar tal aspecto, no entendimento do Relator Ministro Fux, reside na compreensão histórica, permitindo vislumbrar que se no início foi associada a setores marginais da sociedade, atualmente modificou-se tal fenômeno. O caso julgado, com efeito, lidou com aquilo que C. Wright Mills nominou de imaginação sociológica, aquilo que “capacita o seu possuidor a compreender o cenário histórico mais amplo, em termos de seu significado para a vida íntima e para a carreira exterior de numerosos indivíduos²¹”.

Ao destacar a expansão do sentido da tatuagem, abandonando o estigma social de marginalidade, o Relator aludiu que no final da década de 1960 era marca comum entre roqueiros, hippies, punks e motociclistas, adquirindo um imaginário social relacionado com grupos sociais voltados para romper padrões sociais, declarando-se dissidentes das regras de convivência. No entanto, a partir dos anos 1980 tal cenário novamente alterou-se, sendo que no Brasil nos anos 1990 surgiram diversos estúdios de tatuagens, deixando de haver a identificação com a marca de marginalidade e alcançando muitos cidadãos, de variados grupos e idades, assumindo a características de obra artística. É significativa na decisão do STF a relevância atribuída exatamente à imaginação sociológica como condição de possibilidade para possibilitar compreender a história e biografia das relações sociais nas quais a tatuagem insere-se. Apenas seria possível dimensionar eventuais restrições impostas pelo Estado para acesso aos cargos públicos em relação ao uso da tatuagem por meio da reflexão de tais contextos históricos e com o atual.

Vale a seguinte referência expressa:

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

O viés adotado pelo STF foi crucial para questionar o próprio papel do Estado na construção de restrições sobre o uso do corpo por cidadãos que pretendem ingressar no serviço público, ou seja, se a tatuagem hodiernamente constitui uma valiosa possibilidade estética, qual a relação entre o seu uso e alguma espécie de antijuridicidade? Partindo do pressuposto firmado sobre isonomia e discriminações justificadas, adotou-se a tese de inconstitucionalidade da proibição do uso de tatuagens, como requisito de acesso a cargos públicos, quando a legitimidade constitucional de tal restrição estiver ausente. Para materializar tal critério, primeiro deve-se compreender que a utilização de tatuagem não possui qualquer relação de pertinência com as características e peculiaridades inerentes à função pública, fazendo clara alusão ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal ao condicionar as provas e títulos à natureza do cargo ou emprego.

No entendimento do Ministro Luiz Fux, acompanhado pelos demais: “mister, portanto, superar a conclusão do antagonismo equivocado entre o fato de ser tatuado e a competência e disponibilidade de produção nos cargos públicos. Não há espaço, atualmente, para a exclusão de um concurso de terminada

²¹ **A Imaginação Sociológica**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 11.

pessoa que quer e pode exercer sua liberdade de expressão por meio de uma tatuagem”. Com efeito, uma vez legitimado o uso de tatuagem por meio da liberdade de expressão e disposição do próprio corpo, o STF adotou o entendimento segundo o qual existem limites, é possível em alguns casos restringir tal prática em matéria de concursos públicos, cuja tese da repercussão geral foi redigida nos seguintes termos: “editais de concurso público não podem estabelecer restrições a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”.

Ao fundamentar o seu voto, o Relator sustentou:

Com efeito, tatuagens que representem, *verbi gratia*, obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que perseguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, temas inegavelmente contrários às instituições democráticas, podem obstaculizar o acesso a uma função pública e, eventual restrição nesse sentido não se afigura desarrazoada ou desproporcional. Assim, sem prejuízo de a presença de uma tatuagem não ter aprioristicamente correlação alguma com a capacidade de um cidadão de ocupar cargo na Administração, é cediço que alguns tipos de pigmentações podem simbolizar ideias, valores e representações inaceitáveis sob uma ótica plural e republicana e serem, *pour cause*, capazes de impossibilitar o desempenho de uma determinada função pública.

Após a discussão sobre o modo de outros países regulamentarem a questão do uso de tatuagens e acesso a cargos do exército e marinha, a conclusão do STF foi no sentido de que o critério de exclusão de um concurso público sob o fundamento da visibilidade de uma tatuagem não possui, por si, legitimidade constitucional, pois não cumpre o propósito de auxiliar na aferição da capacidade de atuação do candidato na realização das atividades funcionais do futuro cargo público a ocupar, justificando-se somente as pigmentações definitivas “que façam apologias a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expresse ideologias terroristas, extremistas, incitem a violência e a criminalidade, ou incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, mormente porque evocam ideias e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições”.

Os requisitos de acesso aos cargos públicos no caso da restrição ao uso de tatuagens: os editais como mecanismos de dominação simbólica e a emancipação dos cidadãos

O julgamento do RE 898450 ensejou o debate sobre relevantes aspectos em matéria de concurso público e a utilização da prerrogativa pela Administração Pública para a fixação dos requisitos de investidura. Na linha do entendimento de Boaventura de Sousa Santos, o tema posto em julgamento comporta um debate a partir dos dois princípios da modernidade: regulação e emancipação, sendo que ambos aparecem com nitidez no julgado. Efetivamente o concurso público, em especial considerando a construção dos diversos contextos constitucionais, como aludido na primeira parte deste breve estudo, insere-se no projeto político-social da modernidade²². Sob o ponto de vista da regulação, a trajetória é na direção da ordem e do controle, enquanto em termos de emancipação, busca-se a materialização da solidariedade e, também se pode dizer, da autonomização.

O paradigma da modernidade veicula a necessidade de equilibrar tais pilares, de modo que articu-

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 3ªed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 77.

lem em equilíbrio dinâmico, como aduz Boaventura de Sousa Santos, mas:

“[...] vimos, porém, que nos últimos duzentos anos a racionalidade cognitivo instrumental da ciência e da tecnologia se foi impondo às demais. Com isto, o conhecimento-regulação conquistou a primazia sobre o conhecimento-emancipação: a ordem transformou-se na forma hegemônica de saber e o caos na forma hegemônica de ignorância. Este desequilíbrio a favor do conhecimento-regulação permitiu a este último recodificar nos seus próprios termos o conhecimento-emancipação”.²³

No que tange ao concurso público, o aspecto acima detectado pelo sociólogo português é significativo, pois enquanto nas diversas tentativas de construção republicana do instituto, com o propósito de salvaguardar camadas mínimas de regulação efetiva, com a fixação de requisitos e critérios objetivos a serem cumpridos pelos possíveis candidatos, olvidou-se a importante função democrática, voltada para a emancipação.

O caso em debate, de algum modo, coloca em cheque tais pilares da modernidade, sendo manifesto o pressuposto no qual urge aprofundar o processo de investidura em cargos públicos, qual seja, o Estado Democrático de Direito, impondo o reconhecimento de que o peso da balança orientou-se para os aspectos de regulação. Mas, é imperioso reavaliar tal espécie de conhecimento, reconhecendo a primazia da emancipação. Não há dúvidas, em relação ao tema desta investigação, sobre a necessidade de equilibrar tais facetas, e ficou explícito no julgado que todas as decisões infraconstitucionais e administrativas em especial, somente adquirem legitimidade no horizonte de sentido dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. A seleção de candidatos, o controle de qualidades funcionais, pouco sentido terão caso não se vinculem ao caráter emancipatório dos certames públicos.

Com efeito, o debate sobre a restrição ao uso de tatuagem em concurso público passa pela ruptura epistemológica, exigindo a desnaturalização do mundo social, entendendo o conhecimento como construção social. Não se pode olvidar a existência do senso comum que institucionaliza determinados sentidos, muitos dos quais oriundos da própria linguagem ordinária. A postura crítica consiste em romper com a *doxa*, com a discussão sobre a gênese social da categorização normativamente imposta. Como aduz Pierre Bourdieu:

Nas ciências sociais, como se sabe, as rupturas epistemológicas são muitas vezes rupturas sociais, rupturas com as crenças fundamentais de um grupo e, por vezes, com as crenças fundamentais do corpo de profissionais, com o corpo de certezas partilhadas que fundamenta a *communis doctorum opinio*.²⁴

De algum modo, o julgamento do RE 898450 remete para a ruptura epistemológica com o sentido burocratizado das pigmentações permanentes, em geral, contido em editais de concurso público. Para o autor, a ruptura é uma conversão do olhar, um olhar sociológico, trata-se de por-em-suspensão as pré-construções, a ruptura com modos de pensamento e conceitos²⁵. É crível dizer que tal perspectiva envolve três aspectos. O primeiro em relação às *categorizações*, pois o campo administrativo, como conjunto de conhecimentos estruturados para dotar o Direito Administrativo de autonomia possui a tendência de construir

²³ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 79.

²⁴ *O Poder Simbólico*, Rio de Janeiro: DIFEL/BERTRAND Brasil S.A., 1989. p. 39.

²⁵ *O Poder Simbólico*. p. 49.

conceitos categorizados, classificatórios e, portanto, que delimitam um conjunto de propriedades, bens e pessoas e, em contrapartida, exclui as outras possibilidades não enquadráveis. No entanto, as indicações dos textos não podem ser vislumbradas como etiquetas e que serão aplicadas pelos agentes públicos como circunstâncias dadas e abstratas, pois exigem a devida contextualização.

O segundo aspecto diz respeito à proteção contra aquilo que Pierre Bourdieu denomina de *dominação simbólica*²⁶, ou seja, uma vez fixados os conteúdos e conceitos por instâncias autorizadas com os quais os agentes públicos deverão tratar os problemas que exigem, como no caso em exame a elaboração de um edital de concurso público, é sempre importante a vigilância no que tange aos recursos de construção do capital simbólico sobre tais indicações, por meio de um *habitus* específico do campo administrativo, na sua rotinização de exercício das competências públicas. Tal elaboração não se dá por imposição, mas com a utilização de mecanismos de reprodução do senso comum e instâncias de reconhecimento e desconhecimento do instituído, do quanto de arbitrário possui.

Por fim, o terceiro aspecto reside em dar-se conta da *historia social dos problemas*, ou seja, as diversas questões a exigir o exercício de prerrogativas públicas não possuem qualquer nota de essencialidade, pois a juridicização administrativa não passa de um procedimento por meio do qual se retiram do mundo social os problemas tidos como legítimos, dignos de serem oficializados. O Direito Administrativo, como já destacado, resulta de institucionalizações que a sociedade realiza em cada época, sendo que desenvolver a consciência histórica dos problemas sociais é a melhor alternativa. Como alude de modo expreso Pierre Bourdieu:

Um dos instrumentos mais poderosos da ruptura é a história social dos problemas, dos objectos e dos instrumentos de pensamento, quer dizer, do trabalho social de construção de instrumentos de construção da realidade social (como as noções comuns, papel, cultura, velhice, etc., ou os sistemas de classificação) que se realiza no próprio seio do mundo social, no seu conjunto, neste ou naquela campo especializado e, especificamente, *no campo das ciências sociais*[...]²⁷.

Ao examinar aspectos do caso concreto, por ocasião do julgamento da repercussão geral em análise, o STF destacou os termos do edital do concurso público para provimento do cargo de policial militar do Estado de São Paulo e que ensejou todo o debate. No item referente aos Exames Médicos havia a determinação segundo a qual os candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados alguns itens explicitados no edital: a) a tatuagem não poderá atentar contra a moral e os bons costumes; b)deverá ser de pequenas dimensões, sendo vedado cobrir regiões ou membros do corpo em sua totalidade, e em particular a região cervical, face, antebraços, mãos e pernas e c) não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calção azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

²⁶ A dominação simbólica relaciona-se com o poder simbólico, o poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica, ou seja, o sentido imediato do mundo, em particular do mundo social conforme Pierre Bourdieu, fundado na concepção homogênea, tornando possível a concordância, direcionando para institucionalizar no campo no Direito uma espécie de conformismo lógico-jurídico, pois os símbolos tornam possível o consenso acerca do sentido do mundo social, contribuindo também para a própria reprodução da ordem social (**O Poder Simbólico**. p. 9-10).

²⁷ **O Poder Simbólico**. p. 36.

O candidato foi reprovado no exame em virtude da constatação de possuir tatuagem na perna direita, consistente em pigmentação permanente Tribal, medindo 14 x 13 cm, cuja decisão administrativa fundou-se em laudo médico com a seguinte conclusão: “o candidato em questão apresenta tatuagem de grande dimensão na perna direita, que visível quando da utilização de uniforme 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”.

Os três aspectos acima descritos estão presentes, pois se detecta com facilidade a utilização da categorização no aludido edital de concurso em alguns níveis. Chama atenção a circunstância de alocar a questão da tatuagem na fase dos exames médicos, objetivando fundar a decisão administrativa na seara de uma espécie de “decisão médica”, muito embora sem qualquer relação com aspectos de saúde. Ora, a decisão administrativa necessita para legitimar-se traduzir o caráter de autonomia, bem como fundar-se em conceitos categóricos e objetivos, sendo propício migrar para o campo da decisão médica. No entanto, basta dar-se conta do processo de institucionalização utilizado pela Administração Pública para desvelar-se o quanto de “construída” possui a decisão sobre tatuagem.

Sob a perspectiva do poder simbólico, o ato administrativo submetido ao controle jurisdicional utilizou conceitos dotados de abertura significativa como moral e bons costumes. Tal circunstância impõe a necessária vigilância contra os processos de dominação utilizados pela Administração Pública, pois quais as condições de possibilidade de veicular sentidos em relação à pigmentação definitiva para desqualificá-la, ensejando a reprovação no “Exame de Médico”? Muito embora a previsão abstrata da regra do edital, a decisão atacada judicialmente não utilizou tal recurso simbólico para excluir o candidato. Foi mais sutil. Consta de modo expresso que houve a avaliação “pelo médico psiquiatra”. É certo que há em tal aspecto a conotação simbólica de desvalor e preconceito com relação à tatuagem, tanto que sua análise exige a avaliação de médico psiquiatra.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, foi explícita ao impor a necessária ruptura epistemológica por meio da discussão da história social das tatuagens, ou seja, é preciso examinar a compatibilidade de tal requisito de acesso a cargos públicos fora do campo das essências, e verificar a parcela retirada do mundo social pela Administração para criar tal espécie de restrição. Aqui reside uma questão fundamental debatida no julgado. Os requisitos para investidura, considerando os termos do artigo 37, incisos I e II, da Constituição Federal, representam um modo de leitura do mundo social, impondo-se o controle jurisdicional para decidir sobre a compatibilidade com as indicações contidas no texto constitucional.

Uma vez destacado que a análise dos requisitos exigidos dos candidatos em certames públicos exige tal mudança de olhar, questiona-se a própria concepção de regulação a ser adotada, ou seja, não se trata de abandonar tal elemento da modernidade, pois não se pode olvidar a conquista, por exemplo, da regulação constitucional em matéria de acesso aos cargos públicos. A decisão do STF afastou, no caso concreto julgado, a possibilidade de fazer restrições sem a existência de lei, atendendo o artigo constitucional acima destacado. No entanto, mais do que a previsão, a decisão permite construir uma concepção de regulação sobre

requisitos de concurso público, voltada para o que se poderia denominar de juridicidade²⁸ democrática.

No entendimento de Boaventura de Sousa Santos, em relação ao uso não hegemônico da legalidade ou da legalidade cosmopolita, é relevante (a) não fundamentar a regulação na visão essencialista do direito estatal e dos direitos individuais, ou seja, sem deixar de vislumbrar as leis como padrões normativos de ação social dotados de autoridade e produzidos pelo Estado²⁹, é possível problematizar a utilização de tais padrões normativos de modo a que se contraponham às estruturas de poder de cima para baixo. Trata-se de assentar a juridicidade no pressuposto da integração do direito com outros campos mais vastos, como os campos do mundo social e da política;

(b) compreendendo a regulação como instrumento de ação social, a juridicidade democrática configura-se pelo desenvolvimento constante de processos inclusivos e pela normatividade dialógica, erigida de baixo para cima, possibilitando ações de vigilância em relação aos campos de poder;

(c) o Caso da Tatuagem em Concurso Público, julgado pelo STF, é emblemático das potencialidades de tal concepção, considerando os requisitos de investidura em cargo público articulados com dimensões sociais e culturais;

(d) a regulação aqui laborada deve atentar para os processos externos e internos que não favorecem a democracia, seja aqueles oriundos de legalidade globalizada e despreocupada com as questões de exclusão social e desigualdades, bem como no plano interno, a regulação constitucionalizada deve ser utilizada para ampliar a inclusão social e confrontar normatividades administrativas que sejam excludentes e discriminatórias; e

(e) a regulação pode contribuir não somente para os processos de ordenação, mas assumir um caráter de transformação, típico papel do Estado Democrático de Direito.

No que tange ao uso dos concursos públicos com o enfoque na questão da emancipação, o julgamento do RE 898450 coloca as questões da juridicidade democrática, na linha do problematizado por Boaventura de Sousa Santos, pois se trata de localizar o processo público sobre a investidura em cargos e empregos no horizonte de sentido dos direitos humanos e direitos fundamentais. Ultrapassa-se a questão de restrição, por meio de requisitos normativos, mas de compreender a dimensão social de juridicizar o uso de pigmentações permanentes como legítimas manifestações da liberdade de expressão, controlando as prerrogativas do campo burocrático na construção de editais – atos administrativos – em relação ao arbítrio e outros processos de dominação simbólica geradores de ações discriminatórias.

²⁸ Sobre a expressão, no entendimento de Paulo Otero, “a juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona [...]”. (**Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15). E, por consequência, segundo o autor, o Direito possui uma função de proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça do poder.

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **As Bifurcações Da Ordem. Revolução, Cidade, Campo e Indignação**. São Paulo: Cortez, 2016. p. 63.

Aqui reside um aspecto a ser destacado, o edital do concurso público, prevendo a submissão à avaliação dos candidatos que ostentarem tatuagem insere-se na cadeia de processos de dominação simbólica do Estado, pois se valendo do sentido de autoridade produz a submissão dos candidatos. Como alude Pierre Bourdieu sobre o poder simbólico, “esse poder que se exerce de maneira tão invisível que até nos esquecemos de sua existência”³⁰. A comunicação oficial reside na circunstância segundo a qual os candidatos, dentre outros critérios, serão divididos entre os que “ostentam tatuagens” e aqueles assim não enquadrados. Conforme Bourdieu, “o Estado, parece-me, deve ser pensado como produtor de princípios de classificação, isto é, de estruturas capazes de serem aplicadas a todas as coisas do mundo, e em especial às coisas sociais”³¹. A decisão do STF não apenas exerceu controle sobre tal princípio de classificação, como os próprios critérios utilizados. Não é dado ao ente público construir princípios de classificação que sejam discriminatórios, considerando os padrões constitucionais, sendo que quando tal dominação simbólica relacionar-se com a própria liberdade de expressão dos candidatos, a atuação do Estado deve ser excepcional.

A circunstância já aludida de a avaliação oficial do Estado ocorrer na fase do exame médico igualmente é capaz de produzir efeitos simbólicos, pois não se trata de examinar o valor da tatuagem permanentemente em si, mas de enquadrá-la em qualquer espécie de análise clínica, tanto que, no caso concreto, o candidato excluído foi examinado por “médico psiquiatra”, assim impondo uma obediência simbólica e uma classificação de os candidatos com tatuagem precisam realmente passar por avaliação de médicos psiquiatras. O sentido construído pelo Estado, em síntese, direciona-se para assim construir a realidade social. Quem possuir tatuagem é normal que as coisas sejam assim. O edital do concurso e seus significados inserem-se naquilo que Pierre Bourdieu denomina de *nomos*: “o Estado está em estado (se posse dizer) de impor de maneira universal, na escala de certa instância territorial, princípios de visão e de divisão, formas simbólicas, princípios de classificação, o que costumamos chamar de um *nomos*.”³²

Outro aspecto reside no critério utilizado para a classificação final do exame sobre as pigmentações definitivas, aqueles que atentarem contra a moral e os bons costumes, assim de modo expresso no ato administrativo questionado, serão “os eliminados”, farão parte do grupo de candidatos dos “não consagrados”, como alude Bourdieu. Assim, funda-se um consenso de que os candidatos com tatuagens incapazes de enquadramento nas regras estatais, legítimo arbitrário, não possuem condições de integrar as estruturas da Administração Pública, no caso militar.

Nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, após reafirmar a concordância com o Relator, explicitou o entendimento do STF de que somente é dado ao Estado fixar parâmetros nos editais de concursos públicos, em especial sobre o uso de tatuagens, a partir dos conteúdos da Constituição Federal, restringindo-se deste modo elementos simbólicos incompatíveis com as cláusulas do Estado Democrático de Direito. Não há dúvida sobre a importante papel do ente público ao materializar os incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal, funcionando como organizador em nossa sociedade dos grandes ritos de instituição e investidura. Considerando a consequência de impor divisões sociais, igualmente não se pode olvidar a

³⁰ *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 224.

³¹ *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)*. p. 227.

³² *Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)*. p. 228.

função do Estado de integração social, seja do ponto de vista da solidariedade, como da construção de estruturas cognitivas e avaliativas³³.

De algum modo, o julgamento do RE 898.450 configurou a tentativa de reequilibrar regulação sim, mas com emancipação, pois as tatuagens não se inserem na esfera simbólica de comportamentos sobre o uso do corpo que devem ser, a princípio, tratadas como “questão médica” ou submetidas a conteúdos amplos e carregados de moralismos institucionais do campo burocrático. Ao inserir a pigmentação definitiva na órbita dos direitos fundamentais e da liberdade de expressão, eventuais limites “só se legitimam na exata medida que afrontarem conteúdos constitucionalmente protegidos”.

Como destaca Boaventura de Sousa Santos³⁴, a emancipação volta-se para os aspectos da solidariedade, ou seja, no caso em debate, impõe-se a compreensão do uso de tatuagens por meio da reciprocidade em relação ao outro e o sentido de reconhecimento, vislumbrando a impossibilidade de exclusão do candidato que quer e pode exercer sua liberdade de expressão, conforme consta no voto do Ministro Luiz Fux. É importante, mais uma vez, a alusão explícita do tema sobre a hodierna “percepção da sociedade das pessoas tatuadas, que anteriormente eram discriminadas e execradas pela sociedade, e, hodiernamente, são encaradas como pessoas que exercem o seu direito de se expressar por meio da pigmentação definitiva de seus corpos”.

Os diversos aspectos da decisão antes destacados permitem a conclusão sobre os limites dos sentidos produzidos pelos agentes públicos integrantes do campo burocrático em matéria de concurso público, limites não apenas relacionados com a redução de ações arbitrárias, mas, sobretudo, o dever de desenvolver práticas administrativas de inclusão e contra discriminações. Não é legítimo adotar o ponto de vista segundo o qual tatuagens revelam marcas de marginalidade e de inaptidão física para o exercício de cargos públicos, salvo restrições construídas pela tradição sobre os limites dos direitos fundamentais.

A Administração Pública não pode olvidar o referido por David Le Breton:

Pela corporeidade, o homem faz do mundo a extensão de sua experiência; transforma-o em tramas familiares e coerentes, disponíveis à ação e permeáveis à compreensão. Emissor ou receptor, o corpo produz sentidos continuamente e assim insere o homem, de forma ativa, no interior de dado espaço social e cultural³⁵.

Com efeito, o uso indevido das prerrogativas públicas restringindo as pigmentações permanentes sobre o corpo influencia na própria experiência dos cidadãos no mundo social e que muitas vezes integra o processo de socialização que acompanha o homem durante toda sua vida, considerando os diferentes papéis que assume no curso da existência³⁶. O papel emancipador dos concursos públicos também reside em dar voz às minorias, como consta na decisão do STF, cidadãos empenhados em se manifestar livremente por meio de imagens de protestos e discordâncias e com capacidade de integrar os quadros da Administração. O Ministro Luiz Fux aduziu o seguinte: “O Estado não pode querer desempenhar um papel de adver-

³³ Cf. BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)**. p. 232.

³⁴ **As Bifurcações Da Ordem. Revolução, Cidade, Campo e Indignação**. p. 81.

³⁵ **Sociologia do Corpo**. 6ªed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2017. p. 08.

³⁶ Cf. LE BRETON, David. **A Sociologia do Corpo**. p. 09.

sário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente, ainda que por imagens estampadas definitivamente em seus corpos. O direito de livremente se manifestar é condição mínima a ser observada em um Estado Democrático de Direito e exsurge como condição indispensável para que o cidadão possa desenvolver sua personalidade em seu meio social”.

Muito embora outros desdobramentos do RE 898.450 pudessem ser problematizados, os aspectos aqui destacados são suficientes para colocar a Administração Pública e o exercício de suas prerrogativas em patamares diferenciados, concretizando a juridicidade democrática para o desejado equilíbrio entre regulação e emancipação.

Considerações finais

O instituto do concurso público ainda hoje é tema capaz de provocar grandes debates, pois de um lado retrata a política pública do Estado sobre o sentido do mérito para acesso a cargos e empregos públicos, mas de outro representa a materialização de importantes princípios constitucionais como igualdade e impessoalidade. Trata-se, portanto, de processo administrativo diretamente relacionado com a questão das relações entre Constitucionalismo e Administração Pública, a partir das reações contra a venalidade e hereditariedade dos cargos públicos.

A história institucional da Administração brasileira, no plano constitucional, é capaz de indicar as marchas e contramarchas da luta contra as arbitrariedades em matéria de investidura nos cargos públicos, caracterizadas pela contraposição entre o sentido do texto e as práticas efetivas. Muito embora desde o início das previsões, como a Constituição Imperial de 1824, a orientação era pelo mérito e aptidões do candidato, prevaleciam vontades oficiais e o sistema de privilégios. A República trouxe a concepção de amplo acesso e a necessária relação com a lei, mas o mundo prático era tomado por políticas clientelistas e a chancela do arbítrio.

Durante os períodos de vigência dos textos constitucionais no Brasil, constatam-se as tentativas de erigir o sistema de concurso público orientado por processos técnicos, ampliando-se o acesso à Administração para todos os cidadãos que preenchessem requisitos previstos em lei, em que pese as dificuldades para dotar as indicações normativas de plena aplicação. No entanto, a Constituição Federal de 1988, com o acontecer do Estado Democrático de Direito, mais uma vez alavancou o concurso público como meio não apenas de salvaguardar a impessoalidade e o tratamento isonômico dos candidatos, mas também de configurá-lo como mecanismo de emancipação. Com efeito, tal instituto não deve ser compreendido como mero processo burocrático, mas autêntico espaço de democratização das estruturas administrativas, concretizando em grau aprofundado a participação do cidadão na tomada de decisões.

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 898.450, possibilitou a ampla discussão sobre tais temas, examinando a legitimidade constitucional da decisão administrativa de exclusão de candidato do concurso público por possuir pigmentação permanente na perna direita. O caso não se restringiu ao exame dos requisitos de acesso aos cargos públicos, mas à própria concepção

do concurso, situando-o como mecanismo para aprofundar a democracia, a partir do foco das liberdades públicas, sendo que o exame de constitucionalidade dos certames deve considerar os artigos 5º, inciso I e 37, incisos I e II, da Constituição Federal. Adotou-se também o entendimento segundo o qual o Estado, ao fixar requisitos de investidura, deve exercer suas prerrogativas com base no pano de fundo do princípio democrático para materializar a cidadania, vedada qualquer espécie de discriminação.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, partindo da concepção de juridicidade em termos de controle jurisdicional de concursos públicos, privilegiou o foco na garantia da isonomia, entendendo que é possível fixar critérios de diferenciação, ocasionando tratamentos diferenciados, mas desde que em situações específicas e absolutamente justificáveis.

Sob a perspectiva metodológica, o julgado é de extrema relevância ao aludir a necessidade de iniciar o exame considerando os antecedentes históricos e sociológicos da tatuagem, cujo significado foi paulatinamente construído, passando por usuários localizados em determinados setores marginalizados da sociedade, após por grupos de cidadãos voltados para manifestações de protestos, até a construção de um mercado específico de estúdios e tatuadores, permitindo a ampla divulgação das pigmentações definitivas pela sociedade, encarada hoje como manifestação da liberdade de expressão. O caminho adotado pelo STF permitiu o questionamento sobre o próprio papel do Estado na construção de restrições sobre o uso do corpo pelos cidadãos que pretendem ingressar no serviço público.

O julgamento, sob outro viés, recoloca os requisitos de acesso aos cargos públicos no horizonte de sentido da denominada juridicidade democrática, ou seja, como padrões jurídico-administrativos dotados de normatividade construída dialogicamente com os campos do mundo social, bem como vocacionados para erigir processos públicos inclusivos, contrapondo-se às práticas discriminatórias.

A investigação aqui realizada, ainda que destacando somente algumas camadas da decisão proferida, pretendeu colocar em debate algumas questões sobre concursos públicos e o papel dos requisitos de investidura, a fim de contextualizar a tese final 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”.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. Da Casa do Rei à Razão do Estado: um modelo da gênese do campo burocrático, In: **O Mistério do Ministério. Pierre Bourdieu e a Política Democrática**. Loïc Wacquant (Organizador). Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL/BERTRAND Brasil S.A., 1989.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado. Cursos no Collège de France (1989-92)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, Volume III, 2ªed. Livraria Editora Freitas Bastos: São Paulo/Rio de Janeiro, 1948.
- COCCONI, Monica. **La partecipazione All'Attività Amministrativa Generale**. Padova: CEDAM, 2010.

- CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ªed. Francisco Alves e Cia: São Paulo, 1914.
- DALLARI, Adilson Abreu, **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DUPUIS, George, GUÉDON, Marie-José e CHRÉTIEN, Patrice. **Droit Administratif**. 5ªed. Paris: Armand Colin, 1996.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**, 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FONSECA, Tito Prates da. **Direito Administrativo**, Livraria Editora Freitas Bastos: Rio de Janeiro/São Paulo, 1939.
- LE BRETON, David. **Sociologia do Corpo**. 6ªed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2017.
- MILLS, C. Wright. **A Imaginação Sociológica**. 4ªed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.
- MOTTA, Fabrício. Direitos Fundamentais e Concurso Público, In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Edição Especial, Ano XXVIII, 2010.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
- PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática. Institutos de participação Popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- REZENDE, Renato Monteiro. **Concurso Público: avanços e retrocessos**, In: <https://www12.senado.leg.br/.../concurso-publico-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 17.02.2018.
- ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente. Contra o Desperdício da Experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **As Bifurcações Da Ordem. Revolução, Cidade, Campo e Indignação**. São Paulo: Cortez, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 3ªed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo**, I, 10ªed. Montevideo-Uruguay: Fundación Cultura Universitaria, 2015.