SOBRE LIBERDADE E QUESTÕES PERTINENTES AO PRECONCEITO AUTOMÁTICO NAS SOCIEDADES DESCENTRADAS

ON FREEDOM AND ISSUES RELEVANT TO THE AUTOMATIC PREJUDICE IN DECENTERED SOCIETY

ANDRÉ DEL NEGRI*

Recebido para publicação em maio de 2011.

RESUMO: Este ensaio quer ser um estudo jurídico com apoio na Constituição Federal e em normas de regência da Administração Pública direta e indireta na conduta organizacional de alguns concursos públicos, a fim de sugerir, em última análise, uma síntese reflexiva com abrangência interdisciplinar com pano de fundo na questão da *liberdade*. Ainda que consignada em edital de concurso, a previsão de eliminação de candidato portador de tatuagem é questão preconceituosa, uma vez que cada cidadão tem a liberdade de lidar com o corpo como desejar. O tema ganha em importância porque o cidadão tem que prestar conta frente ao Estado (Pai-nacional) preocupado com o controle cada vez maior sobre os corpos humanos (biopolítica). "Moral" e "bons costumes", expressões constantes em vários editais de concurso, não guardam critério normativo de definição lógica, por isso são extremamente subjetivas e discriminatórias.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade; tatuagem; concurso público.

ABSTRACT: This assay wants to be a legal study with support in the Federal Constitution and norms of regency of the direct and indirect Public Administration in the organizacional behavior of some public competitions, in order to suggest, in last analysis, a reflexiva synthesis with includin to discipline with cloth of deep in the question of the freedom. Despite consigned in competition proclamation, the forecast of elimination of carrying candidate of tattooing is prejudiced question, a time that each citizen has the freedom to deal with the body as to desire. The subject earns in importance because the citizen has that to give to account front to the State (Father-national) worried about the control each bigger time on the human bodies (biopolítica). "Moral" and "good customs", constant expressions in some proclamations of competition, do not keep normative criterion of logical definition, therefore they are extremely subjective and discriminatory.

KEY WORDS: Freedom; tattooing; public competition.

1. Introdução

Como se define hoje um edital de concurso com a previsão de eliminação de candidato portador de *tatuagem*? A maioria da comunidade jurídica queixa-se de problemas de interpretação constitucional. De um modo geral, observa-se que a abordagem da Administração pública direta e indireta, na redação dos editais de concursos públicos, em especial para cargos militares, é de determinar a possibilidade de os candidatos serem considerados inaptos se a tatuagem atentar contra a "*moral*" e os "*bons costumes.*"

* Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Constitucional e Teoria da Constituição nos cursos de graduação e pós-graduação. Autor dos livros sobre Controle de constitucionalidade no processo legislativo, Teoria da Constituição e do Direito Constitucional e Processo Constitucional e decisão *interna corporis.*

É evidente que não se pode dispensar observações ligadas ao paradigma jurídico da Constituição Federal vigente, o que nos leva a problemas teóricos que se quer estudar. Primeiro: essa "tendência" de proibir a liberdade artística por meio da tatuagem nada tem a ver com democracia. Um Estado Constitucional e Democrático não pode crer que sua implementação esteja ligada ao cerceamento da *liberdade*. Segundo: na verdade, o Estado Constitucional e Democrático é aquele indiferente à diferença cultural das pessoas que compõem uma sociedade descentrada. Essa indiferença implica distância do ordenamento jurídico estatal (e seus derivados atos normativos) em relação aos comportamentos culturais dos cidadãos.

Para tudo resumir, a temática exposta envolve questões sociológicas, psicológicas, antropológicas, jurídicas, psicanalíticas entre outras áreas, todas portadoras de alta indagação. Mais um comentário: o autor é especialista em um aspecto da sociedade, ou melhor, um constitucionalista; por maiores que tenham sido os esforços, faltam respostas essenciais e uma bibliografia completa. É certo de que muitos trabalhos de sólido conteúdo escaparam à nossa pesquisa. No entanto, está lançado o desafio. Num capítulo preliminar deste ensaio serão enfrentadas as questões *sociológicas* e *antropológicas*, para, no depois, enfrentarmos os problemas *constitucionais*, passo-a-passo, e todas as suas possíveis leituras.

No entanto, antes de entrar na análise crítico-reflexiva que o tema exige, duas observações são feitas. A primeira: que a leitura deste artigo seja feita sem suposições prévias de nenhuma espécie. Explico melhor: é necessário que o tema não seja refletido a partir de ideias próprias, subjetivas, moralizantes. Exige-se, pois, uma leitura despida de tudo quanto a seu respeito tenham como pré-conceito. Nada mais difícil do que enfrentar a compreensão de algo (objeto ou pessoa) sem a obstrução de ideias preconcebidas. No entanto, para se dissipar o obscurantismo (para descerrá-lo), há necessidade de tal esforço. A segunda observação: para descobrir um novo sentido de direção será necessário refletir o assunto a partir da certeza do malogro, da falibilidade. E, para tanto, é necessário olhar para o assunto por meio de duas lentes: focando os pormenores, e por meio de uma avaliação do problema a certa distância. Só assim, seríamos capazes de esclarecer os fundamentos constitucionais do tema em tela de exame.

É nessa ordem de ideias que o artigo será desenvolvido com a elaboração de quesitos e respostas ao final da pesquisa a fim de buscar o esclarecimento, o tanto quanto.

2. Demarcação metodológica da discussão crítica: breve consideração jurídico-legal, contexto histórico, conceituação filosófica. Estudo conjectural

Ter uma *boa imagem*. Tal é a *lei*; tal é a ordem. Em todos os cantos e recantos e a qualquer hora do dia ou da noite, estamos ouvindo falar em "*boa imagem*". Mas, que é, afinal, "*boa imagem*"? Onde, portanto, poderíamos encontrar o conceito de "*boa imagem*"? Muitos, certamente, principalmente os juristas, a fim de responder a essa questão, procurariam na legislação vigente (metodologia legal-jurídica) algum rastilho de resposta, senão todo o exaurimento da questão. Mas isso não seria, está claro, responder satisfatoriamente à pergunta. Não serve, pois, para nos orientar. De nada servirão as definições jurídicas *dogmatizadas* para uma sociedade descentrada, multicultural, como é o caso da sociedade jurídico-política pós-88. O certo é que a vida pessoal vem cada dia mais sendo dominada, e limitar-se a aguardar o que é uma "boa imagem", por meio do que a *lei* diz, não passa de atitude *ineficaz*. Repito, pois, a pergunta inicial: que é ter uma "*boa imagem*"? É necessário, portanto, insistir na dificuldade de chegar a uma conclusão rápida. O uso de um contexto datado será citado adiante a fim de entender a recepção da tatuagem no setor "marginal" da sociedade. Contudo, uma questão tem que ficar clara: a tendência superficial deste artigo não leva ao exaurimento do tema, mas funciona como um ensaio para testar a coerência paradigmática da dicção dos conteúdos jurídicos de alguns editais.

Com a finalidade de aprofundarmos na conceituação filosófica, levantamos, pois, mais uma pergunta: que é uma tatuagem que atenta contra a "*moral*" e os "*bons costumes*"? Faço outra pergunta: Qual a diferença entre "*moral*" e os "*bons costumes*"? Determinadas essas conjecturas, passa-se à investigação do tema.

3. Nada além de epiderme e obra artística. Crise institucional e multiculturalismo

3.1. Palavras de abertura

Há de haver uma forte justificativa no meio social para que, em pleno século XXI, ainda algumas pessoas visualizem a tatuagem como marca de *marginalidade* e a consequente prestação de contas do cidadão frente ao Estado (Pai-nacional) preocupado cada vez mais com o controle dos corpos humanos (FOUCAULT, 2000).

Os novos tempos, que pressupõe um olhar descentrado da sociedade, parecerão mais compreensíveis aos olhos de todos se compreendermos as razões históricas que ainda levam alguns, e, porque não dizer, do próprio legislador, a atribuir a tatuagem como marca de marginalidade. É com o objetivo de compreender por que ainda há esse resto, essa quizila, que passamos a desenvolver esse tópico.

3.2. A transição não-moderna da sociedade moderna

Modernidade não pode ser confundida com *atualidade* ("agoralidade"), pois o moderno é mais que o contexto, é mais que o "agoral". É preciso dizer, pois, que *modernidade*, neste ensaio, quer significar a possibilidade de quebra da estigmatização e da autoridade, um discurso de dominação, conforme denúncia de Max Weber (1994, p. 142-147).

De acordo com pesquisas altamente especializadas, há nos Estados Unidos (EUA) e Europa, mais de 100 milhões de pessoas com tatuagens. No Reino Unido estima-se que haja algo superior a 4.000 tatuadores produzindo cerca de um milhão de tatuagens por ano (ZINI LISE, 2007). Na Itália, por exemplo, o número pode chegar a mais de um milhão de pessoas tatuadas (MUCCIARELLI, 2010).

Arte corporal milenar praticada por distintos povos aborígenes (especialmente os das ilhas do Pacífico), a tatuagem entrou no século XIX e no início do século XX em setores "marginais" da sociedade, como presidiários, meretrizes, marinheiros (GROGNARD, 1992). Cumpre lembrar que no final da década de 60 e início dos anos 70, tribos urbanas (roqueiros, *hippies*, motociclistas...) apropriaram-se da tatuagem como uma marca corporal (LE BRETON, 2002).

No entanto, à base da pesquisa acadêmica de Le Breton (1995), o sentido estigmatizador do uso da tatuagem começa a mudar a partir dos anos 80. No Brasil, foi somente a partir dos anos 90 que começaram a surgir os estúdios de tatuagem. Eis a relevância. Ocorre, pois, a profissionalização dessa arte. E isto, simplesmente, porque os estabelecimentos passam a ser dotados de equipamentos especializados, materiais descartáveis, melhoramento da técnica do desenho (PÉREZ, 2010). Eis, agora, demonstrado o corpo como obra-prima e a tatuagem como obra artística.

Pode-se sintetizar com esteio na literatura de Le Bretom (2002, p. 165) que o corpo ocupa um lugar central nas sociedades ocidentais. Na exata expressão do citado autor, o corpo passa a ser o "recinto objetivo da soberania do sujeito" e, como tal, a tatuagem passa a ser

vista como uma espécie de "assinatura de si mesmo," uma forma de afirmar a sua *singularidade*.

É perpassar a história e ver, como apoio na pesquisa antropológica de Andrea Lissett (2010), que o novo sujeito da tatuagem não tem um rosto definido. E assim conclui suas razões: "É múltiplo, diverso, não tem fronteiras de sexo, percorre as diferentes gerações, transita por todas as classes sociais, pertence a distintos níveis educativos, faz diversas atividades, enfim, não possui, como antigamente, um perfil social determinado." (PÉREZ, 2010).

3.3. A existência de ativação automática dos estereótipos e do preconceito

O preconceituoso nega o multiculturalismo, a modernidade, a beleza, a diferença, a própria democracia. Nos dicionários de português, do Moraes ao Houaiss, não há outro sentido para entender o sujeito *pré*-conceituoso. E tal olhar sobre "*o outro*" não pode consistir, evidentemente, na destruição física das pessoas. Por essas e outras, o fato de uma pessoa ter tatuagem deveria ser encarado como algo simples, absolutamente normal. E é; aliás, as pessoas é que estigmatizam tudo. É o estigma o pior, o mais perigoso erro até hoje. Para neutralizar isso, as pessoas e as instituições públicas devem necessariamente despir a opinião de conceitos tão ultrapassados que se converteram distraidamente em *preconceitos*.

Freud, nos últimos anos do século XIX e inicio do XX, inaugurou uma jornada de estudos ao inconsciente dos neuróticos de Viena com uma extensa literatura; um estudo que possibilitou escancarar o que as pessoas viam dentro de si mesmas. Tudo isso nos fala à imaginação – tão longe, tão perto. Desse ponto de vista, o que a maioria das pessoas ainda fazem é um direcionamento comportamental apoiado em velhos parâmetros, muitas vezes falho. E é importante compreender que isso não se modifica por decretos, medidas provisórias, emendas à Constituição, mas é possível expandir a visão de uma pessoa alargando seus horizontes a partir de estudos reflexivos, pesquisas, leituras de obras consistentes e congruentes. Como diz o historiador inglês Theodore Zeldin (2009, p. 07), "o passado nos assombra, mas de quando em quando é possível mudar de opinião".

Existe escassez de respeito à diversidade no mundo. Se analisarmos a história da Europa ocidental vamos verificar que sempre houve a visualização das diferenças humanas numa oposição simplista (dominante/subordinado, superior/inferior, países terceiro-mundistas,

operários, racismo, sexismo, elitismo...), e o trato a essas diferenças humanas pode se dar de três maneiras: ignorá-las, copiá-las ou destruí-las (ZWEIG, 2009, p. 233-34).

Para concluir este tópico, podemos lembrar que há tempos a *psicologia social* investiga situações de preconceitos, o que se insere no âmbito da *estereotipia*. É o chamado "*preconceito automático*", donde os artistas brasileiros (tatuadores) e os seus clientes (cidadãos) são os maiores reféns desse *autoritarismo*. À obviedade, esta hipótese situacional postula reformulação. Apesar disso, estamos muito longe de ser um país no qual a maioria das pessoas leva uma vida sem estigmas. Muitos ainda não sabem qual a posição mais adequada dentro de um multiculturalismo. E isso, ao longo de décadas, acarreta agudos estragos sociais, algo tão visível na imensa periferia da sociedade etc. etc.

3.4. A miragem da moralização pela *lei*: o desencanto da realidade

É possível compreender que o *ponto de mutação* teorizado pelo físico Fritjof Capra (1997) vai muito além da falta de recursos naturais e mudanças climáticas no mundo. A originalidade do nosso tempo é que a o ser humano passa por uma transformação radical de vida e identidade no século 21; essa, sim, uma verdadeira *mutação*; uma mutação constante, múltipla e muito complicada.

Por outro lado, a *rede normativa* ainda não acompanhou toda essa metamorfose. Essa pouca disposição não é por motivo simples. Os antagonismos não se evaporaram normativamente. A concepção de *lei* como fator de ordem coletiva produzida com apego singular aos valores sociais do passado configura recinto movediço e descompassado. Uma lamentável repetição à situação tradicional e estigmatizadora; um verdadeiro mal-entendido.

Somente a *democracia* nos assegura um espaço para mudarmos de opinião. Uma simples recordação no âmbito da teoria da constituição pode revelar que a intenção da democracia, por sua vez, sempre foi a de exigir uma maior respeitabilidade às diferenças (ao menos o encontro de ideias que antes nunca se juntaram) e a necessária reforma das instituições públicas, de modo a torná-las mais abertas ao diálogo, mais abertas à diferença.

Por isso, é brutal e violentamente empobrecedor simplificar e reduzir uma pessoa a apenas uma de suas características: a tatuagem. É exatamente neste sentido que a tatuagem é pensada como um estigma (GOFFMAN, 1975). Nesse erro, é o mesmo que simplificar circunstâncias dizendo "ele é mulçumano!", "ele é favelado!" ou "ele é argentino!" Os homens são separados apenas por culturas diferentes, como dizia Lévi-Strauss (1996).

Cada um tem o direito de fazer as coisas a seu tempo e lidar com o corpo como desejar. A questão preconceituosa contra membros de grupos minoritários tem sido verificada na psicologia, em especial na *psicologia social*. Assim, atitudes preconceituosas de um determinado conceito ou categoria-alvo nas relações entre grupos como, por exemplo, a cobrança estética do corpo, da "*pele limpa*", sem tatuagem, é algo absurdo e ainda corriqueiro. E o pior: o preconceito às vezes "pode ser dirigido contra grupos sobre os quais nada conhecemos e mesmo contra grupos que nunca vimos ou mantivemos relação" (LIMA, 2006). Quando uma pessoa vê um cidadão tatuado eles não veem uma pessoa, mas veem um elemento de um grupo amorfo promovendo imediatamente (e talvez inconscientemente) o estigma da suspeição, o que não deixa de ser uma *violência*.

Com feito, nas sociedades complexas e descentradas (pluriculturais), como é o caso da sociedade brasileira (art. 3º, IV, CF/88), que foi marcada pelo entrelaçamento de costumes cadenciados por uma acentuada miscigenação, não há que se falar em "*bons costumes*". Ademais, uma simples leitura do Texto Constitucional já é o suficiente para perceber que o *costume* não ocupa lugar algum de destaque nos incisos que correlacionam as espécies normativas, componentes do ordenamento jurídico brasileiro (art. 59, CF/88). Diante desse equívoco, a possibilidade de o caso, no Judiciário, ser decidido com base em "costume" produz o grave problema de se decidir *subjetivamente*, pois se abre espaço para o caso ser decidido com apoio na lei íntima do juiz, com subsídios de fundamentação que não passam pelo *devido processo legislativo* (DEL NEGRI, 2008). Assim, não é demais recordar a lição de Warat (1995, p. 79) quanto ao risco de haver uma apreciação livre da lei, isto é, o risco de o magistrado "situar a lei como um lugar vazio, por onde circulam significados e alegorias que fazem a lei falar (...), um lugar por onde transitam os doutos, fazendo desse vazio seu lugar de poder".

A isso cumpre acrescentar que fazer uma *lei* ou *ato normativo* que proíbe tatuagem sem levar em consideração todas essas questões multiculturais é algo grave. Uma *lei* pode ser feita em 24 horas ou até menos, mas fazendo-a desta maneira, nada se consegue. Afastar a Antropologia, as diferenças *culturais* (LARAIA, 2006), a história de formação da sociedade brasileira, a *identidade* (HALL, 2001), o Direito Constitucional, que modificações teria havido na marcha da humanidade?

E mais: classificar a tatuagem (à maneira de alguns editais) como *doença*, sem auferir a essa classificação quesitos técnicos para que se pudesse fundamentar o porquê, soa,

seguramente, como uma decisão *fascista*. Tudo isso por um motivo bem simples: doença de pele é uma manifestação patológica.[1]

Portanto, produzir e analisar o direito à luz de crenças morais não seria possível, dado o pluralismo intrínseco à sociedade moderna. Sucede justamente a repulsa a isso. Em sociedades complexas como a brasileira, não pode haver regenciamentos tão-somente pela moral (HABERMAS, 1997, V. II, p. 193).

Como se vê, a liberdade na construção de alguns editais não passa pelo discurso do fundamento. Esse comportamento reflete-se em prejuízo porque transforma o *sujeito de direito* em *sujeito sem-direito-algum* (sujeito constitucional sem ter direito constitucional). Por isso é que precisamos trabalhar melhor a noção de "*produção da lei*", "*bons costumes*", "*boa imagem*", "*interpretação da lei*" para evitar que as trincas na rede normativa sirvam de espaço para a atuação do soberano (do tirano), espaço onde ele é livre para fazer (decidir, criar, inventar) o que quiser. O embaço está em que a liberdade sem fundamento acaba deixando um espaço de liberdade muito maior para o locutor-autoridade atuar como tirano, pois se trabalha arbítrio a pretexto de escrever liberdade.

É nesse passo que o sujeito constitucional (cidadãos-intérpretes/coautores legitimados), pode reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional (articulação de defesa simétrica nos atos decisionais em qualquer segmento do serviço público). Logo, o *sujeito constitucional* precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa onde ele seja protagonista do seu destino.

Dessa forma, se o sujeito constitucional é o sujeito do discurso constitucional (ROSENFELD, 2003), o legislador, o administrador ou o decididor, não podem mais impor a sua vontade de moldar uma ordem jurídica à sua própria imagem (posição de domínio), uma vez que ele terá que esquecer a sua identidade subjetiva e filtrá-la pelo *medium* de um discurso constitucional logicizado por um Texto Constitucional.

4. A Administração Pública e o procedimento de concurso na constitucionalidade democrática

Se se entender o *edital* como um instituto jurídico-vinculativo de caráter público, a fim de disciplinar determinado *procedimento* em âmbito de concurso público, à evidência deve-se

[1] Cf. Sociedade Brasileira de Dermatologia. Disponível em: <http://www.sbd.org.br/doença/default.aspx>. Acesso em 14/04/20011.

concluir que o referido instituto deve estar de acordo com a Constituição sob pena de não possuir eficácia normativa. Depreende-se da Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, II, que o acesso a cargos públicos se dá mediante aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, em forma prevista em *lei*. Pode-se acrescentar mais: o procedimento de concurso é posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, de qualquer nível de governo, para seleção do futuro servidor. Bem se pode imaginar a competitividade, onde vários candidatos disputam os cargos oferecidos. Ainda aqui é preciso dizer, em apertada síntese, que as causas que movem os concursos públicos são duas. A primeira: a acessibilidade isonômica. O importante é que o *concurso* possibilite a todos os candidatos iguais condições e oportunidades de disputar determinadas funções públicas. A segunda: o concurso não é outra coisa senão condicionar o exercício da função a certos profissionais habilitados. Neste caso, auxilia o administrador na obtenção de mão-de-obra qualificada à função.

Para tudo resumir, seria a proposta que guarda a mais adequada licitude, publicidade e impessoalidade da Administração Pública. A bem dizer, se são os cidadãos quem paga, indiretamente, mediante impostos, os salários do funcionalismo público, nada mais coerente do que oferecer a todos os cidadãos, de forma aberta a todos os interessados, acessibilidade isonômica aos empregos públicos. Não cabe indagar, a tal propósito, absolutamente nada. No entanto, seria andar muito depressa, porém, querer deduzir que tudo isso pudesse ser realizado em contrariedade a princípios constitucionais, isto é, que as exigências apresentadas pelo *edital* do concurso (que nada mais é do que a *norma* deste) sejam construídas em ultraje à Constituição Federal. Importante, contudo, que as exigências sejam compatíveis com a principiologia constitucional, não se constituindo em abuso a exigência de critérios destoantes dos que o próprio cargo necessite.

Ao lado disso, não é menos certo que o legislador ordinário, no momento de estabelecer regras para o concurso público de acesso a determinado cargo, afaste qualquer comando que venha a restringir o acesso dos cidadãos aos empregos públicos, como a tatuagem, por exemplo. Nada, nessas linhas, chega a denunciar algo tão paradoxal do que a dicção de um *edital* no sentido de dizer que a tatuagem não pode ferir a "*moral*" e os "*bons costumes*". Todo esse espetáculo nomenclatural é significativo, pois os inesclarecimentos estão por toda parte e se transformam "em entraves sígnicos da compreensão (interpretação) do discurso democrático" (LEAL, 2008).

É possível compreender com Dhenis Cruz Madeira (2008, p. 32) que "em Direito, não se pode falar em lícito, ilícito, moral, ética, bem-estar social, costumes, certo, errado, sem que tais termos se adaptem ao modelo discursivo esculpido pela Constituição e sem que tais concepções, antes da aplicação coativa, passem pelo crivo da principiologia processual." Daí, a necessidade de um estudo científico capaz de delimitar (elucidar) melhor esse hiato aberto na estrutura da norma.

Na *democracia* a Constituição deve ser vista, na expressão de Dworkin (1999), como uma comunidade jurídica de princípios, onde os cidadãos além de compartilhar esses princípios comuns, eles os compreendem e se reconhecem reciprocamente como livres e iguais; há um respeito pela diferença do outro que não se confunde com a emoção moral. Nada mais.

É assunto considerado tranquilo nos Tribunais de Justiça do país que é ilegal a exclusão de candidato do exame de admissão por possuir tatuagens no corpo. Sobre o tema há várias ementas de acórdãos. Dessa forma, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais já concluiu que:

> A liberdade de a Administração Pública estabelecer regras para concurso é relativa, e deve respeitar o princípio constitucional da legalidade, que permite tudo aquilo que a lei não veda. As condições de participação de brasileiros em concursos públicos somente podem ser fixadas por lei, nunca por regulamento ou edital. O edital de concurso público, apesar de fazer lei entre as partes, não pode conter regras contrárias à lei (...) (TJMG, AP. Civ. nº 1.0000.00.301478-4/000, 7ª Câmara Cível, Rel. Wander Marotta, j. 24/02/2003, DJ 27/05/2003.

Acentua-se a relevância do entendimento pela seguinte ementa abaixo, em outro julgado de mesmo teor, o qual chegou ao seguinte ponto:

> POLÍCIA MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. EXME MÉDICO. REPROVAÇÃO. TATUAGEM. FLT DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. Não podendo o recorrido continuar no CONCURSO diante de sua reprovação em exame médico, no qual foi considerado inapto por critério totalmente conservador, arbitrário e discriminatório, pode tal ato ser revisto pelo Poder Judiciário a pedido do interessado. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.341284-8, Rel. Dês. Maria Elza, j. 21/08/03).

Nesta quadra jurídica o traço continua e o Tribunal mineiro a isto chegou:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURNÇA – CONCURSO PÚBLICO – INAPTIDÃO NOS EXAMES MÉDICOS - TATUAGEM – DISCRIMINAÇÃO – VEDAÇÃO LEGAL. Ainda que consignada em edital de concurso a previsão de eliminação de candidato portador de tatuagem

> constitui discriminação odiosa, absurda, violadora dos mais elementares princípios constitucionais e legais; mostrando-se bizarra a qualificação de tatuagem como doença de pele. Um bom policial assim se mostra pela capacidade física, pela idoneidade moral e pela diligência e dedicação com que se porta no exercício da profissão. Tatuagens não desmerece a pessoa, e não torna mau o bom policial (TJMG – 1.0024.06.048710-5/001, 15/02/2007, Des. Moreira Diniz).

À compreensão que até agora foi insistentemente colocada, mais uma decisão:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – POLÍTICA MILITAR – CONCURSO – TATUAGEM – SANIDADE FÍSICA E MENTAL. A só existência de TATUAGEM não é suficiente para eliminar o candidato a concurso para ingresso em uma das carreiras da Polícia Militar. (TJMG – 6ª Câmara Cível. Relator do Acórdão: Des. Antônio Sérvulo. Data do julgamento, 26/06/2007 – Data da publicação: 17/07/2007. Processo nº 1.0024.06.994699-4/001 (1).

Já se vê que o juízo de cognição sobre o assunto é uniforme. Mostra-se constante a linha de raciocínio. Eis o que se pode depreender da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Vejamos a reflexão:

> APELAÇÃO CÍVEL. MANDDO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO EM VIRTUDE DE O MESMO POSSUIR TATUAGENS, VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA. 1. O edital é a lei que rege o concurso, devendo suas normas ser fielmente cumpridas tanto pela Administração Publica quanto pelos candidatos. Contudo, os aspectos concernentes à legalidade e razoabilidade podem ser alvo de apreciação judicial. 2. Inexiste qualquer justificativa técnica que impeça o candidato que possua tatuagens de exercer a função de policial militar, notadamente quando estas não retratam situação que afronte aos bons costumes ou prejudique o exercício da autoridade pública – como é o caso dos autos, já que a tatuagem do apelado possui motivação abstrata e não ofensiva. 3. Ademais, a exigência apresentada apresenta nítido caráter discriminatório, tendo em vista que, como cediço, há diversos policiais militares que ostentam tatuagens no corpo, sem que isso haja causado qualquer punição administrativa. Precedentes desta corte. Recurso ao qual se nega seguidamente, na forma do art. 557, caput, do CPC. Décima terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Desembargadora: Inês da Trindade. Apelação Cível nº 0012006-56.2008.8.19.0001 (2009.001.52451).

Estranha-se, portanto, que ainda haja dúvida sobre o tema em análise. Em qualquer hipótese, poderíamos afirmar que o *edital* é categoria normativa de dicção dos conteúdos jurídicos dos direitos fundamentais. Quando há afastamento desse raciocínio lógico, há, portanto, inconstitucionalidade flagrante, passível de *nulidade*.

5. Conclusões

Diante do quadro exposto, merecem destaque as seguintes conclusões:

a) Já se assinalou atrás que o novo *sujeito* da tatuagem não tem um rosto definido (LISSETT, 2010). E posto que esse sujeito seja múltiplo, sem fronteiras de sexo, nível educativo e classe social, nos custa acreditar que muitos reagem contra o *etos* descentrado.

b) Cabe acrescentar que em não havendo ideologias terroristas, discriminatórias, que preguem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem, que são assuntos contrários às instituições democráticas, não há que se falar em exclusão de candidato de exame de admissão por possuir tatuagens no corpo.

c) É claro que as tatuagens analisadas sob o prisma estético não são esteio seguro para análise de critérios de inaptidão em concurso público. Então, e só então, fica claro o caráter multívoco de alguns editais, que à luz das lições acima enfrentadas, caem no desvario da *subjetividade*.

d) Tendo em vista a repercussão que o assunto pode tomar nos Tribunais locais e a geração de larga incidência social, conclui-se que o entendimento contrário a tudo o que foi exposto, é portador de grave ofensa aos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade.

6. Ponto de reflexão: quesitos e respostas sobre o tema e a busca por mais esclarecimento

Em face do exporto, esforços de perquirição e possíveis repostas, como elementos de análise, tentam buscar uma linha crítico-reflexiva:

1º Quesito: Na hipótese de haver num concurso público candidato portador de tatuagem, é possível afastar a regra do edital no Judiciário ante princípios constitucionais?

Sim. Consta expressamente da Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a *lei* não excluirá da apreciação do Judiciário *lesão* ou *ameaça* a direito. Teoricamente perfeita, portanto, é visualização da Constituição como *locus* hermenêutico e a filtragem constitucional como caminho necessário para barrar regras (edital de concurso público) contrárias a princípios constitucionais.

2º Quesito: O Judiciário usurparia a sua função ao analisar conteúdos do edital?

Em nosso sistema jurídico não está permitido ao Legislativo, ao Executivo e nem ao Judiciário, a violação de direitos fundamentais. Se o artigo 2º da Constituição Federal fala em *independência* cada qual das funções a tem (nenhuma função é submissa à serventia da outra).

Lodo outro, a harmonia é o comprometimento de todas as funções públicas com a textualidade constitucional brasileira. Assim, salienta-se: todas as funções públicas têm que agir de acordo com a legislação. Não há que se falar em abusos travestidos de legalidade, por nenhuma delas. Portanto, não há harmonia se as funções não funcionarem como sistemas abertos (*locus* de testificação processual) ou se uma das funções apresentar entraves à fruição dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo (povo). Se assim o é, necessário repetir o raciocínio: não é possível sustentar teoricamente no ordenamento jurídico brasileiro que a função jurisdicional não poderá interferir nas decisões *interna corporis* sob pena de interferir no princípio da separação de funções (DEL NEGRI, 2011, p. 113-114). Por isso, registra-se que, a depender do caso, a medida judicial a disposição do cidadão é o *mandado de segurança* (via de regra), mas não se descarta a ação ordinária com pedido de tutela antecipada.

3º Quesito: Tem-se validade legal edital de concurso público que veta tatuagem que não seja anti-democrática, que defenda a violência, a criminalidade, a discriminação de raça, credo, sexo?

Não. Todo cidadão tem o direito fundamental de exercitar a sua *liberdade* (art. 5º, *caput,* CF/88). É o que longamente já se demonstrou neste ensaio. Se os editais forem influenciados pelo moralismo, então a opressão virá da própria *lei* ou do *ato normativo* (uma cômica proibição).

4º Quesito: Como se pode encarar o aspecto do cidadão diante da tatuagem?

Cada um tem o direito constitucional de fazer as coisas a seu tempo e lidar com o corpo como desejar. Os artistas brasileiros (tatuadores) e os seus clientes (cidadãos) não podem ser reféns do *autoritarismo* e da *discriminação*. No modo de vida realmente democrático, cada um faz o que quiser com o seu corpo. Um Estado democrático não pode crer que sua realização esteja ligada à construção de uma sociedade *sem-cidadãos-tatuados*. O Estado deve observar as garantias institucionais para o reconhecimento da dignidade das pessoas, não o contrário.

5º Quesito: Qual lei federal proíbe candidatos, em concurso público, ostentarem tatuagens?

Na democracia brasileira *não há* lei federal que proíba candidatos em concurso público de terem tatuagem em seus corpos.

6º Quesito: Existe co-relação entre tatuagem e postura profissional?

Não, nenhuma, porque o simples fato de uma pessoa possuir tatuagem não tem nenhuma correlação com a capacidade de ocupar um cargo público. Mais do que isso: é possível uma pessoa ter tatuagem sem perda da compostura ou do decoro profissional. A eficiência profissional não está ligada à epiderme.

7º Quesito: Os editais como estão sendo publicizados hoje podem contribuir para o preconceito?

Sim. Os editais promovem a divisão dos integrantes da sociedade brasileira entre tatuados/não-tatuados, aumentando o preconceito e a separação entre pessoas, e, consequentemente, o número de discriminadores. Algo que está na contramão do art. 3º, IV, da Constituição Federal.

8º Quesito: Tatuagem é doença de pele?

Não. Tatuagem não perturba funcionamento orgânico do indivíduo e por isso não está no rol de doença de pele catalogado pelo Conselho Nacional de Medicina. Não existe nenhuma doença de pele vinculada a tatuagem, conforme o Relatório de doenças de pele CID Capítulo XII – doenças de pele e tecido subcutâneo (L00-L99) e infecções da pele e do tecido subcutâneo (L00-L08). Portanto, resta claro que tatuagem não é manifestação patológica, mas sim forma de *expressão artística*.

9º Quesito: Tatuagem atenta contra a moral e os bons costumes?

"Moral" e "bons costumes" são expressões extremamente *subjetivas*, sem critério normativo de definição. Na democracia não há possibilidade de que a cultura de um determinado seguimento social seja menos importante em relação a outro, nem que há prevalência de um sobre o outro, uma vez que o Texto Constitucional assegura um *multiculturalismo* (art. 215 e 216, CF/88). Ademais, a Constituição Federal assegura, já no Preâmbulo, que o Estado Democrático está comprometido com uma sociedade "*pluralista e sem preconceito*" e que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*" (art. 3º,inciso IV- o grifo é nosso!)

10º Quesito: Qual a legitimidade de editais que proíbem tatuagem?

Nenhuma. Não há que se falar legitimidade por uma questão óbvia: torna-se inconstitucional todo edital que fere direitos fundamentais.

Referências

CAPRA, Fritjof. *Ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1997.

DEL NEGRI, André. Processo Constitucional e decisão interna corporis. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Teoria da Constituição e do Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Microfísica do poder*. São Paulo: Editora Paz e Terra: 2006.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GROGNARD, Catherine. *Tatouages. Tags à lâme*. Paris: Syros Alternatives, 1992.

HABERMAS. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura*: um conceito antropológico. Rio de Janeiro, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira*: significados equívocos e interpretação do Direito. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC, 2008.

LE BRETON, David. Signes didentité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles. Paris: Métailié, 2002.

_____. *Antropología del cuerpo y modernidad*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia estrutural*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

LIMA, Marcus Eugênio O.; MACHADO, Caliandra et all. Normas sociais e preconceito: o impacto da igualdade e da competição no preconceito automático contra os negros. In. Psicologia: Reflexão e Crítica. vol. 19 nº 2, Porto Alegre, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MUCCIARELLI, Giuseppe. *Il tattuaggio*: uma ricerca psicometrica della personalita e della motivazione. Curso de Psicologia Faculdade de Psicologia Università degli studi di Bologna. 1998-1999. [Tese] Disponível em: <http://www.tesionline.it/default/tesi.asp?idt=10218>. Acesso em: 20 jul. 2010.

PÉREZ, Andrea Lissett. A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade. Obtida via internet. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100007&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em: 19 de julho de 2010.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ZINI LISE, Michele Larissa. *Violência na pele*: considerações médicas e legais na tatuagem. 2007. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC -RS. Porto Alegre, 2007.

ZELDIN, Theodore. *Uma história íntima da humanidade*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2009.

ZWEIG, Connie e ABRAMS, Jeremiah (Orgs.). *Ao encontro da sombra*. São Paulo: Cultrix, 2009.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, v.2: epistemologia jurídica na modernidade.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*: fundamentos da Sociologia Compreensiva. Brasília: UNB, 1994, vol. I.