



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 7055/2016 - ASJTC/SAJ/PGR

Recurso Extraordinário nº 898.450/SP

Relator: Ministro **Luiz Fux**

Recorrente: Henrique Lopes Carvalho da Silveira

Recorrido: Estado de São Paulo

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TATUAGEM EM DESACORDO COM AS REGRAS DO EDITAL. EXCLUSÃO DO CERTAME. RESTRIÇÃO QUE NÃO ENCONTRA FUNDAMENTO EXPRESSO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL CORRESPONDENTE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. É inconstitucional a criação de requisito de acesso a cargo público por meio de edital, sem expressa previsão legal.
2. É inconstitucional a cláusula de edital que restringe a participação em concurso público ou o acesso a cargo público de candidato que ostente tatuagem, por ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade.
3. Parecer pelo provimento do recurso.

Cuida-se de recurso extraordinário interposto por Henrique Lopes Carvalho da Silveira contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento à Apelação Cível nº 990.10.541115-0 para reformar a sentença que julgou procedente o Mandado de Segurança nº 053.09.045636-2.

Alega o recorrente ter sido aprovado nas provas de escolaridade e condicionamento físico do concurso realizado pela Polícia Militar de São Paulo para o cargo de soldado, tendo sido reprovado nos exames de saúde por ostentar tatuagem na perna esquerda, em desacordo com as regras estipuladas no respectivo edital.

Por essa razão, impetrou o referido mandado de segurança objetivando a anulação do ato que o considerou inapto para prosseguir nas fases subsequentes do certame, argumentando, para tanto, a inconstitucionalidade da cláusula 5.4.8 do Edital 002/321/2008. Deferido o pedido liminar, foi garantido o seu prosseguimento no concurso até a prolação da sentença de mérito, que lhe foi favorável.

Interposto recurso de apelação pelo Estado de São Paulo, foi reformada a sentença de primeiro grau para denegar a segurança pleiteada pelo autor, sob o fundamento de que a tatuagem do impetrante não atendia aos requisitos previstos no edital do concurso, inexistindo, portanto, violação a direito líquido e certo (fl. 165/170).

Neste contexto, pleiteia o recorrente a reforma do julgado, sob o argumento da inconstitucionalidade do edital, que criou hipótese de exclusão do certame sem respaldo na legislação correspondente, afrontando os princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Fundamenta seu pedido na jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais.

A Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo foi ouvida, em sede de contrarrazões, às fls. 214/221. Argumentou, preliminarmente, a ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso (prequestionamento, repercussão geral e interesse de agir) e, no mérito, a compatibilidade do edital com a legislação estadual que regulamenta o ingresso na carreira da Polícia Militar de São Paulo: LC 697/1992 e Decretos 41.113/1996 e 42.053/1997.

Afirmou, ainda, que ao se inscrever no concurso público o recorrente anuiu às condições estipuladas no ato normativo, sabendo, portanto, “que seria submetido a **exames médicos**, de acordo com os **parâmetros estabelecidos nos subitens 5.4 a 5.4.8.3 do edital** mencionado”. Segundo a recorrida, ao dispor sobre a fase de “exames de saúde”, **o edital previu** a avaliação dos candidatos que ostentassem tatuagens, estabelecendo os critérios de sua admissão, critérios segundo os quais o recorrente foi considerado inapto, daí advindo a “absoluta legalidade de sua reprovação”.

O recurso extraordinário foi inadmitido na origem. Em face da referida decisão, foi interposto o competente agravo, ao qual foi dado provimento, a fim de propiciar melhor exame da matéria (fl. 268/270).

Recebidos os autos no Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral da matéria (fls. 272/292), vindo, em seguida, à Procuradoria-Geral da República.

Preliminarmente, alio-me ao entendimento do Ministro Teori Zavascki, expresso no exame da repercussão geral da matéria, no sentido de que o presente recurso versa sobre validade de norma editalícia que cria condição de ingresso em cargo público sem que exista previsão legal capaz de lastrear a exigência. Esse o principal argumento do recorrente.

No mérito, tenho que o recuso extraordinário deve ser provido.

De fato, não existe fundamento legal para a restrição editalícia que motivou a exclusão do recorrente do certame.

A LC 697/92, na qual se fundamenta a Procuradoria de Justiça do Estado de São Paulo para argumentar a legalidade dos critérios impostos aos candidatos que ostentem tatuagens, dispõe o seguinte:

Artigo 1º - Os vencimentos dos componentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo, abrangidos pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 546, de 24 de junho de 1988, em decorrência de reclassificação, ficam fixados na conformidade do Anexo, que faz parte integrante desta lei complementar. Parágrafo único - Sobre os valores constantes do Anexo referido neste artigo incidirão, cumulativamente, os índices de reajuste geral aplicados aos vencimentos dos servidores públicos a partir de 1º de agosto de 1992, até a data da publicação desta lei complementar.

Artigo 2º - A graduação de Soldado fica subdividida em 2 (duas) classes:

I - Soldado PM de 2ª Classe - aquele que, após aprovação em concurso público de provas e títulos, for nomeado para o cargo inicial de praças, em caráter de estágio probatório, para realização do curso de formação técnico-profissional;

II - Soldado PM de 1ª Classe - aquele que tiver sido apro-

vado no curso de formação técnico-profissional e preencher os requisitos estabelecidos em decreto.

Parágrafo único - Será exonerado o Soldado PM de 2ª Classe que não for aprovado no curso de formação técnico-profissional ou, a qualquer tempo, se não preencher os requisitos estabelecidos em decreto.

[...]

Artigo 9º - Esta lei complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogados a alínea “b” da 2ª parte, do inciso I, do artigo 2º, o inciso IV, do artigo 3º e o artigo 15, todos do Decreto-lei nº 160, de 28 de outubro de 1969.

O artigo 2º da LC 697/1992 foi regulamentado pelo Decretos nº 41.113/96, nos seguintes termos:

Decreto nº 41.113/96

Artigo 1.º - O artigo 2.º da Lei Complementar n.º 697, de 24 de novembro de 1992, fica regulamentado na forma estabelecida neste decreto.

Artigo 2.º - Para inscrever-se no concurso público de ingresso na graduação de Soldado PM de 2.ª Classe, o candidato deverá satisfazer as seguintes condições:

I - ser brasileiro;

II - ter idade compreendida entre 18 (dezoito) e 30 (trinta) anos, na data da inscrição;

III - ter concluído o curso de 1.º grau ou equivalente, comprovado por meio de documento expedido por órgão competente;

IV - ter estatura mínima, descalço e descoberto, de:
a) 1,65m (um metro e sessenta e cinco centímetros) os do sexo masculino;

b) 1,60m (um metro e sessenta centímetros), os do sexo feminino;

V- se funcionário público, não ter respondido ou não estar respondendo a processo administrativo, cujo fundamento possa incompatibilizá-lo com a função policial militar;

VI - apresentar Certificado de Reservista de 1.º ou 2.º categoria ou Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Isenção do Serviço Militar, para os do sexo masculino, ou os engajados nas Forças Armadas ou em outras Polícias Militares.

res, apresentar autorização por escrito de seu Comandante para prestar o respectivo concurso;

VII - estar em dia com as obrigações eleitorais e no pleno exercício dos direitos políticos, mediante apresentação de certidão expedida pela Justiça Eleitoral;

VIII - apresentação de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais, expedida pela Polícia Civil de São Paulo.

Artigo 3.º - O concurso público a que se refere o artigo anterior constará de provas e títulos.

§ 1.º - As provas a que se refere este artigo serão as seguintes:

1. prova escrita, ao nível de 1.º grau;

2. exames psicológicos;

3. exames de saúde;

4. prova de condicionamento físico.

§ 2.º - A prova a que se refere o item I do parágrafo anterior terá caráter classificatório, variando de 0 (zero) a 100 (cem) pontos, sendo eliminado o candidato que não obtiver, no mínimo, 50 (cinquenta) pontos.

§ 3.º - As provas a que se referem os itens 2 a 4 do § I.º deste artigo' terão caráter eliminatório.

§ 4.º - Os títulos a que se refere este artigo, abaixo enumerados, com caráter classificatório, somarão até 50 (cinquenta) pontos, após análise da comissão examinadora:

1. certificado de conclusão do curso de formação técnico-profissional de Soldado PM - 20 (vinte) pontos;

2. certificado de conclusão de outros cursos de formação e aperfeiçoamento da PMESP - 5 (cinco) pontos cada;

3. Carteira Nacional de Habilitação - 15 (quinze) pontos;

4. Tempo de serviço público, exceto o passado na PMESP - I (um) ponto para cada ano; e

5. tempo de serviço na PMESP - 2 (dois) pontos para cada ano.

§ 5.º - A classificação final dar-se-i pelo somatório dos pontos obtidos na prova escrita com os pontos dos títulos.

[...]

Artigo 9.º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogado o Decreto n.º 34.729, de 20 de março de 1992.

O Decreto nº 42.053/1997, por sua vez, limitou-se alterar parcialmente a redação dos artigos 2º, 3º e 5º do Decreto nº 41.113, alterando a escolaridade exigida para o ingresso na carreira e o prazo estágio probatório, nada, portanto, dizendo respeito à matéria tema do presente apelo¹.

Observe-se, portanto, que, ao discriminar as fases do processo seletivo para o ingresso na carreira da Polícia Militar de São Paulo, o legislador estadual limitou-se a criar a etapa denominada “exame de saúde”, sem definir os critérios de exclusão de candidatos nesse momento. Foi o edital DP 002/321/2008 que, ao fazê-lo, previu a possibilidade de exclusão do candidato que ostentasse tatuagem fora das condições que estabeleceu, a saber:

5.4. Dos Exames Médicos:

5.4.1. Os exames de saúde, também de caráter eliminatório, serão realizados por Junta Médica indicada pelo Chefe do Centro Médico e nomeada pelo Diretor de Pessoal, denominada Junta de Saúde-1 (JS-1), com critérios estabelecidos pelo Departamento de Perícias Médicas daquele Centro e aprovados pelo Comandante Geral da Polícia Militar;

1 **Artigo 1.º** - Os dispositivos a seguir relacionados do Decreto nº 41.113, de 23 de agosto de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

I - o inciso III do artigo 2.º:

"III - ter concluído o curso de 2.º grau ou equivalente, comprovado por meio de documento expedido por órgão competente;";

II - o item 1 do § 1.º do artigo 3.º:

"1. prova escrita, ao nível de 2.º grau;";

III - o "caput" do artigo 5.º:

"Artigo 5.º - O ingresso na Polícia Militar dar-se-á em caráter de estágio probatório, que se estende como o período de 730 (setecentos e trinta) dias de efetivo exercício, durante o qual o estagiário, submetido a curso de formação técnico-profissional, terá verificado o preenchimento dos seguintes requisitos:".

Artigo 2.º - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

5.4.2. O candidato será submetido a exame médico geral e exames laboratoriais (sangue e urina);

5.4.3. Exame Clínico Geral: [...]

5.4.5. Exame odontológico: [...]

5.4.6. Exame oftalmológico: [...]

5.4.7. Exame otorrinolaringológico: [...]

5.4.8. Os candidatos que ostentarem tatuagem serão submetidos à avaliação, na qual serão observados:

5.4.8.1. a tatuagem não poderá atentar contra a moral e os bons costumes;

5.4.8.2. deverá ser de pequenas dimensões, sendo vedado cobrir regiões ou membros do corpo em sua totalidade, e em particular região cervical, face, antebraços, mãos e pernas;

5.4.8.3. não poderá estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico, composto por camiseta branca meia manga, calção azul-royal, meias brancas, calçado esportivo preto, conforme previsão do Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo (R-5-PM);

A jurisprudência desta corte já firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade de cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo público sem que haja expressa previsão legal a fundamentar a exigência. Nesse sentido, os acórdãos transcritos a seguir:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Policial. Altura mínima. Edital. Previsão legal. Necessidade. Precedentes. 1. **É pacífica a jurisprudência do Tribunal no sentido de somente ser legítima a cláusula de edital que prevê altura mínima para habilitação para concurso público quando mencionada exigência tiver lastro em lei, em sentido formal e material.** 2. Agravo regimental não provido. (RE 593198 AgR / SE – SERGIPE – Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI – Julgamento: 06/08/2013)

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Exame psicotécnico. Previsão legal. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal de origem concluiu que as Leis nºs 4.375/64 e 7.289/84 preveem a necessidade de realização do exame psicotécnico como condição de acesso aos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal, razão pela qual o edital do concurso para preenchimento de cargos na mencionada Corporação, prevendo a referida exigência, não seria ilegal. 2. **É pacífica jurisprudência deste Tribunal no sentido de ser possível a exigência de teste psicotécnico como condição de ingresso no serviço público, desde que haja lei emanada do Poder Legislativo competente** e previsão no edital regulamentador do certame. Incidência da Súmula nº 686/STF. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o exame da legislação infraconstitucional e a análise de ofensa reflexa à Constituição Federal. Incidência da Súmula nº 636/STF. 4. Agravo regimental não provido. (RE 537795 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI - Julgamento: 28/02/2012)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. NECESSIDADE DE LEI. PRECEDENTES. 1. É irrelevante para o desate da questão o objeto da investidura, quando em debate a violação direta do art. 37, I, da Constituição Federal. 2. **A exigência de experiência profissional prevista apenas em edital importa em ofensa constitucional.** Precedentes. 3. A investidura em cargo ou emprego das empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas pela CLT, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, submete-se à regra constitucional do art. 37, II. 4. Agravo regimental improvido. RE 558833 AgR / CE - CEARÁ - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE - Julgamento: 08/09/2009

Verifica-se, portanto, a inconstitucionalidade das cláusulas 5.4.8 a 5.4.8.3 do Edital DP 002/321/2008, por ofensa ao princípio da legalidade.

Analisando-se, por outro ótica, o conteúdo do ato normativo em questão, há de se reconhecer, igualmente, a inconstitucionalidade da norma, a ensejar o provimento do recurso extraordinário.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, estabeleceu o princípio da igualdade de todos perante a lei. Da mesma forma, o artigo 3º do texto Constitucional expressa o repúdio a toda e qualquer forma de discriminação, regra à qual deve ser relacionada a interpretação do artigo 37, I, que assegura a todo brasileiro o livre acesso aos cargos públicos, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

No caso concreto, foi submetida ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade de regra editalícia que excluiu do prosseguimento no certame o candidato ao cargo de soldado da Polícia Militar de São Paulo que possuía tatuagem em desacordo com critérios pré-estabelecidos na referida norma.

Da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais transcritos inicialmente infere-se a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado por ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade.

O fato de um candidato possuir, na pele, marca ou sinal gravado mediante processo de pigmentação definitivo não inviabiliza nem dificulta minimamente o desempenho de qualquer tipo de

função, pública ou privada, manual ou intelectual, de modo a incidir, na hipótese, a vedação expressa no artigo 3º da Constituição Federal. Pensar contrariamente seria o mesmo que admitir que uma mancha ou sinal geneticamente adquirido poderia impedir alguém de seguir a carreira militar.

O que poderia ocorrer, em tese, seria a inadequação do candidato cuja tatuagem implicasse ofensa à lei (e não aos “bons costumes” ou à moral). Seria o caso de inscrição que incitasse a prática de crimes, a homofobia ou o uso de drogas, por exemplo. Não é o caso dos autos.

No sentido da inconstitucionalidade de requisito de acesso a cargo público que não guarde relação com a natureza do cargo, já se manifestou inúmeras vezes esta Corte, a exemplo dos acórdãos cujas ementas se transcreve a seguir.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. LEGALIDADE, **RAZOABILIDADE** E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando **em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido**. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 598.969 AgR/SE - Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 20/03/2012)

CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE ESFORÇO FÍSICO. Caso a caso, há de perquirir-se a **sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida**. Não se tem como constitucional a exigência de prova física desproporcional à habilitação ao cargo que se busca preencher. (RE

412357 AgR / MA – MARANHÃO – Relator(a): Min.
MARCO AURÉLIO, Julgamento: 12/03/2013)

Sobre a amplitude do princípio da igualdade formal na Carta de 1988, a repudiar toda forma de discriminação, leciona José Afonso da Silva²:

Além da base geral que em que se assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente no tratamento igual a situações iguais e desigual a situações desiguais, a Constituição veda distinções **de qualquer natureza** (art. 5º, *caput*). As constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas do do discrimine: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. [...]

A Constituição vigente é mais veemente e mais abrangente na **condenação das desigualdades entre as pessoas** [...].

Por outro lado, os argumentos de que a tatuagem indicaria um “perfil psicológico” adverso ou que tornaria alguém reconhecível na rua, fora do horário de serviço, por exemplo, em nada se vincula com a discussão travada nestes autos.

Primeiramente porque a inaptidão psíquica para o desempenho de uma função pública tem foro próprio de averiguação: testes psicotécnicos ou psiquiátricos que, como já reconhecido por esta Corte, devem ter previsão legal e serem justificados pela natureza das atribuições do cargo, observado, portanto, mais uma vez, o princípio da razoabilidade.

2 Curso de Direito Processual Civil, 27ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2006.

Por outro lado, a hipótese de o candidato poder ser reconhecido, fora do serviço, em razão da tatuagem, gera, em tese, prejuízo para o próprio recorrente, que poderia ser alvo de vingança ou retaliação pessoal. Não cabe, no entanto, à Administração Pública substituí-lo na decisão de prosseguir no certame, mas a ele, exclusivamente, optar por correr esse risco, que, de outro lado, existe com ou sem a tatuagem, já que a atividade não é desenvolvida em traje que impeça o reconhecimento de quem a utiliza.

Diante do exposto, verificada a ausência de previsão legal dos critérios de seleção que ocasionaram a exclusão do recorrente do certame, bem como a inconstitucionalidade da norma editalícia em questão por ofensa aos princípios da igualdade e razoabilidade, o parecer é pelo provimento do recurso extraordinário.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

GPT