

A TATUAGEM E A TEORIA DA DESIGUALDADE JUSTIFICADA: UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO JULGAMENTO DO RE 898.450/SP

TATTOOS AND THE JUSTIFIED INEQUALITY THEORY: AN ANALYSIS OF THE BASIS OF THE TRIAL APPEAL 898.450/SP

Vinny Pellegrino¹

RESUMO: Pela presente pesquisa busca-se descrever sobre quais premissas o STF considerou o ato de marcar o próprio corpo, ou seja, tatuar-se, como um direito da personalidade no julgamento do RE 898.450/SP, bem como responder à seguinte pergunta: os critérios utilizados pelo STF no julgamento mostram-se aptos a contribuir para a redução do preconceito em relação à tatuagem, de forma a realmente encará-la como forma de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão do cidadão? A pesquisa se justifica porque busca contribuir para a compreensão de problemas ligados aos direitos da personalidade, como a livre expressão do pensamento (art. 5º, IV, da Constituição Federal) e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, da Constituição Federal). Para tanto, aplicando-se o método científico hipotético-dedutivo, inicia com a descrição do julgamento do RE 898.450/SP e das bases do reconhecimento da tatuagem como direito da personalidade. Na segunda parte, discute-se os critérios utilizados pela Corte para que seja considerada legal a aplicação da Teoria da Desigualdade Justificada pelo Estado na elaboração de editais e avaliação em concursos públicos, dentre eles aquele que julga a existência de obscenidade de uma tatuagem, o *Miller-test*. Demonstrou-se, ao final, que os critérios utilizados (e de certa forma aprovados) pelo STF não se mostram aptos a atingir a finalidade buscada, ou seja, a aplicação justa da Teoria da Desigualdade Justificada.

Palavras-chave: STF. Concurso Público. Tatuagem. Desigualdade Justificada.

ABSTRACT: This research aims to describe the premises adopted by the STF to state that the act of tattooing one's body as a personality right when judging the Special Appeal 898.450/SP. This research also intends to answer the following question: "did the criteria adopted by the STF on the trial show aptitude to contribute to the reduction of prejudice concerning tattoos, in a way to state that tattoos are a mean to express freedom of thought and speech?". The research justifies because it aims to contribute to the comprehension of problems that are linked to de personality rights, such as the freedom of free expression of thinking (article 5th, IV, of the Federal Constitution) and the free expression of intelectual, artistic, scientific and communication (article 5th, IX, of the Federal Constitution). We used the hipotetic-deductive method on this research, starting by describing the trial of the Special Appeal 898.450/SP; then we described the bases os recognition of tattoos as a personality right. The second part of this research aims to discuss the criteria used by the STF to apply the Justified Inequality Theory by the State when in elaborates the regulation of public concurrences. The second part also studies the Miller-test criteria, which discerns the existence of obscenities on tattoos. By the end of this

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná (PPGCJ-UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5015119607634512>.

research, we show that the criteria adopted (and approved) by the STF are not able to reach its goal, that was a fair appliance of the Justified Inequality Theory.

Keywords: Brazilian Federal Supreme Court. Public Concurrence. Tattoo. Justified Inequality.

INTRODUÇÃO

O ato de marcar o corpo de forma permanente com algum tipo de pigmentação formando símbolos, desenhos ou outro tipo de manifestação — chamado de tatuagem — ou de modificação corporal, é encontrado em diversas sociedades ao longo do tempo, permitindo apontá-lo como uma forma milenar de arte².

No Brasil, há relatos que já os primeiros povos indígenas³ possuem algum tipo de manifestação desse tipo (Jeha, 2019), como a tribo Ikpeng, que possui um ritual de marcação corporal que chega a durar meses⁴.

Com o passar dos anos, as tatuagens foram integrando-se à sociedade em geral, incluindo a brasileira. No final do século XVIII até o século XX, a arte tatuagem já se encontrava difundida, mas até então apenas na cultura das camadas mais pobres da sociedade, marginalizada pela imprensa e pela literatura policial e médica.

Na academia, surgiam as primeiras abordagens, carregadas de preconceito em razão da associação às camadas mais pobres, como a teoria criminológica de Cesare Lombroso que, dentre outras características, afirmava que o criminoso nato (figura que buscava identificar) era o indivíduo marcado pela presença de tatuagens, pois elas significavam uma insensibilidade à dor.

A partir do século XXI, entretanto, verificou-se uma mudança cultural em relação à tatuagem, que perdeu parte de sua dimensão marginal e passou a ser encarada como uma forma

² Nesse sentido: "Longe de constituir uma inovação bizarra, a bodyart (literalmente, arte corporal) exprime um método antiquíssimo de manifestação cultural, intelectual e política. A veiculação figurativa de ideias por meio do corpo representa uma das formas mais tradicionais de expressão humana, comum a um sem-número de povos antigos" (Schreiber, 2013, p. 35).

³ Nesse sentido: "No Brasil em particular, o adorno do corpo exprime a tradição de nossos mais remotos antepassados, refletindo-se ainda hoje no cotidiano das tribos indígenas que lograram sobreviver a séculos de aculturação. Os Bororos, por exemplo, ainda utilizam a pintura do corpo como método de distinção entre os clãs e as faixas etárias. Os Yanomamis se valem de desenhos no corpo para expressar certos estados de espírito, como alegria e agressividade. As tribos Kadiwéu e Tirió são facilmente identificadas pelos finos desenhos ou tatuagens que decoram o rosto das mulheres" (Schreiber, 2013, p. 35).

⁴ Ver Taffarel, Korotowi. **Ritual da Tatuagem**: educação ambiental e prática cultural entre os Ikpeng. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais). Universidade do Estado do Mato Grosso: Cáceres, 2010.

de arte que visa exteriorizar a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento e os valores da pessoa que se dispõe a marcar seu corpo.

Ocorre que, apesar da mudança de paradigma em relação à forma de se encarar a tatuagem, ainda há preconceito e discussão na sociedade, como no caso discutido no RE 898.450/SP.

Dentro desse contexto, o presente trabalho busca descrever como o STF, no julgamento do RE 898.450/SP, considerou o ato de tatuar-se como um direito da personalidade e responder à seguinte pergunta: os critérios utilizados pelo STF no julgamento mencionado mostram-se aptos a contribuir para a redução do preconceito em relação à tatuagem, de forma a realmente encará-la como forma de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão do cidadão?

A pesquisa se justifica porque busca contribuir para a compreensão de problemas ligados aos direitos da personalidade, como a livre expressão do pensamento (art. 5º, IV, da Constituição Federal) e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, da Constituição Federal). Cabe destacar que a presente pesquisa se desenvolve por meio do método hipotético dedutivo, mediante a revisão de obras, artigos e textos atinentes ao problema colocado.

1. O RECONHECIMENTO DO ATO DE TATUAR-SE COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE PELO STF

No julgamento do RE 898.450/SP (que será melhor explorado no tópico 2), cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, foram destinadas 4 das 83 páginas do Acórdão para discutir a origem das tatuagens e das modificações corporais, as quais foram incluídas nos itens 5 a 7 da ementa de julgamento. Na ementa, consolidou-se o entendimento do STF sobre a presença das modificações corporais na sociedade, reconhecendo-a também como direito da personalidade ao afirmar que (Brasil, 2016):

5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

Para chegar a esse resultado, a Corte traçou todo um caminho, o qual será analisado a seguir. Inicialmente, o voto traz uma brevíssima origem histórica da tatuagem, apontando as marcações de marinheiros no século XVIII e a associação a setores marginalizados da sociedade no século XIX, como prostitutas e prisioneiros, que as chamavam de “flor do presídio” (Brasil, 2016, *apud* Grogard, 1992).

Depois, já no século XX, aponta que a tatuagem teve seu significado expandido, não sendo mais vinculada exclusivamente a setores marginalizados, mas também a roqueiros, punks, hippies e motociclistas no final dos anos 1960. Nota-se, nesse momento, que apesar de expandido o significado, a presença de tatuagens não deixou de estigmatizar socialmente os indivíduos. É dizer: embora ampliada e difundida a utilização por outros grupos, a tatuagem ainda encontrava-se associada a uma visão pejorativa, carregada de preconceitos.

Continuando o relatório, Fux apresenta parte das conclusões de pesquisa de 1995, realizada na França por David Le Breton, que aponta que esse sentido estigmatizador do uso das tatuagens começou a mudar a partir dos anos 1980 no cenário mundial e, no Brasil, apenas a partir dos anos 1990⁵. Sobre a situação do Brasil, o Ministro faz menção, inclusive, aos primeiros estúdios de tatuagem, afirmando que (Brasil, 2016, p. 20):

No Brasil, apenas a partir dos anos 1990 é que começaram a surgir os estúdios de tatuagem, caracterizadores da profissionalização dessa arte, com qualidade artística, que, aos poucos, foi conquistando aceitação social. A expansão da tatuagem se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, e, nesse diapasão, deixou de ser identificada como marca de marginalidade, mas como obra artística (PÉREZ, Andrea Lissett. A identidade à flor da pele: etnografia da prática da tatuagem na contemporaneidade).

⁵ Embora não mencione expressamente no acórdão e os anos 1990 realmente tenham sido o momento que houve a expansão dos estúdios no Brasil, o primeiro tatuador profissional do Brasil foi o dinamarquês Knud Harald Luck Gegersen, conhecido como “Mr Tattoo” ou “Lucky Tattoo”, que chegou e montou seu estúdio em Santos/SP no início dos anos 1960 (Ramos, 2001).

Depois, o Ministro passa a um levantamento de alguns países do mundo sobre o número de estúdios de tatuagem (Portugal), o número de tatuagens (Reino Unido) e o número de tatuadores profissionais (Itália), chamando-o de “comprovações empíricas” de que, nos dias atuais, “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” (Brasil, p. 21) e significam autêntica forma de liberdade de expressão de um indivíduo que se expressa por meio de marcações em seu corpo.

Embasado na disseminação mundial da tatuagem apontada e outros países e na pesquisa da professora Débora Krischke Leitão sobre a ressignificação da tatuagem contemporânea⁶, Fux afirma que o atual viés afasta completamente qualquer ligação entre o indivíduo que possui tatuagem em seu corpo e algum tipo de conduta imoral ou que atente aos bons costumes ou, ainda, ao ordenamento jurídico.

Ao contrário, afirma que a opção por marcar-se ou modificar o próprio corpo ou não está diretamente relacionada com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão, constantes nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal de 1988⁷.

O entendimento da Corte, nesse sentido, vai ao encontro do que afirma Carlos Alberto Bittar em sua obra “*Os Direitos da Personalidade*”, em diálogo com a pesquisadora Roxana Cardoso Brasileiro Borges sobre a cultura das tatuagens, no sentido de que elas poder ser consideradas situações de autonomia privada e, como tal, revestem-se “dos ingredientes necessários para dar condições à multiplicidade e à diversidade nas múltiplas expressões da dignidade da pessoa humana, em meio à tendência à homogeneidade cultural e social” (Bittar, 2015, pp. 137-138).

É importante destacar, no entanto, que em nenhum momento o STF entendeu que a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento são liberdades absolutas, entendimento que vai ao encontro, por exemplo, do defendido por Jeremy Waldron na obra “*The harm in the hate speech*”, de 2009.

⁶ Ver Leitão, Débora Krischke. **Mudança de significado da tatuagem contemporânea**. Cadernos IHU Ideias, São Leopoldo, v. 16, n. 2, Mar. 2004, p. 4.

⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”

Na obra, Waldron critica a ideia de que a liberdade de expressão é absoluta, como defendida por C. Edwin Baker⁸ (um dos críticos à ideia de se criar restrições à liberdade de expressão), pois não entende ser puro o significado de *self-disclosure* (autorrevelação) trazido por Baker, ou seja, discorda da ideia de que a manifestação do pensamento revela a essência do indivíduo e pode ser considerada a manifestação de sua autonomia, incorporando seus valores. Waldron entende que (2009, p. 166-167):

speech acts are never purely expressive or presentational. They also can be designed to wound, terrify, discourage, and dismay [...] and the hate speech disseminator is [...] disclosing himself as a dissident, putting on record his refusal to participate in and his determination to undermine this social enterprise.

Waldron, assim como o STF no julgamento ao falar do ato de tatuar-se, concede grande importância à liberdade de expressão e do pensamento, mas também traz a ideia de que há limites a serem observados. No caso de Waldron, na obra mencionada o autor traz contornos acerca do discurso de ódio; já o STF, no julgamento analisado estabelece critérios a serem observados, um deles, inclusive, também a vedação ao discurso de ódio.

De todo modo, apesar da limitação, a classificação do ato de tatuar-se como direito fundamental ao corpo e como direito da personalidade se faz essencial para a construção do argumento desenvolvido pela Corte.

É que, uma vez reconhecido tal status à marcação e/ou modificação corporal, ou seja, uma vez reconhecidas as práticas como expressões do pensamento e artística, para que haja qualquer tipo de exclusão do indivíduo (como de um processo de concurso público) em razão justamente da presença de tais modificações que ele tem plena liberdade⁹ de realizar, é necessário que sejam estipulados critérios claros, absolutamente justificáveis e apenas para situações específicas, sob pena de se ferir o princípio da igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição.

⁸ Ver Baker, Edwin. **Harm, Liberty, and Free Speech**. In: Southern California Law Review 70, 1997.

⁹ Segundo Bittar, “[o direito à liberdade] é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo social das relações [...] e consiste em poder a pessoa direcionar suas energias, nas relações intersubjetivas, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual” (2015, pp. 167-168).

A esse conjunto de critérios discriminatórios justificáveis dá-se o nome de “Teoria da Desigualdade Justificada”, a qual é definida pelo relator, citando Bandeira de Mello, como aquela que deve “investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada” (Mello, 2001, p. 21). A Teoria da Desigualdade Justificada será melhor abordada no item 2.

Demonstrado o caminho percorrido pelo STF para o reconhecimento do ato de o indivíduo marcar e/ou modificar seu corpo como um direito da personalidade, bem como justificado o motivo pelo qual se faz essencial que sejam definidos critérios claros, absolutamente justificáveis e apenas para situações específicas, caso se queira utilizar essas marcações/modificações como motivo para exclusão, ou seja, para que se aplique a Teoria da Desigualdade Justificada — sob pena de violação ao princípio da igualdade —, passa-se, então, à discussão sobre o critério utilizado pelo STF no julgamento do RE 898.450/SP.

O motivo da análise e discussão é entender se o critério delimitado pelo STF é apto ou suficiente para aplicar a Teoria da Desigualdade Justificada de forma correta, legal, sem que se cause prejuízo ao indivíduo que possua algum tipo de marcação/modificação ou que se afronte o princípio constitucional da igualdade.

2. O RE 898.450/SP E OS CRITÉRIOS DEFINIDOS PELO STF

Antes de discutir as conclusões do julgamento, necessário se faz uma breve apresentação do caso que originou o recurso extraordinário. Trata-se de um mandado de segurança (MS), pelo qual um candidato que havia sido impedido de ingressar em cargo público da Polícia Militar, mesmo depois de obter êxito nas provas do concurso. O motivo apontado pela Polícia Militar para a desclassificação do candidato foi a presença de uma tatuagem que cobria toda a panturrilha direita do impetrante.

No recurso extraordinário, discutiu-se, pois, a possibilidade e os limites para a estipulação de restrições a cargos públicos. No julgamento, o voto que prevaleceu foi no sentido de que as restrições podem existir, mas somente as que estiverem relacionadas com o exercício das funções do cargo em disputa. Ou seja, qualquer obstáculo a acesso a cargo público deve

estar relacionado unicamente ao exercício das funções pelo candidato, como, por exemplo, idade ou altura que impossibilitem o exercício de funções específicas.

Quanto à possibilidade de criação de barreiras de acesso, o STF entendeu, assim, que a criação de barreiras arbitrárias — sem qualquer justificativa — para impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade.

Ocorre que, apesar do reconhecimento da tatuagem como direito da personalidade (discutido no tópico 1 do presente trabalho), ao afirmar que podem existir barreiras de acesso aos cargos públicos, desde que justificadas (não arbitrárias) e limitadas unicamente ao exercício das funções pelo candidato, o STF, na busca de regulamentar a questão¹⁰, adotou a “Teoria da Desigualdade Justificada” como critério de análise da legalidade dos editais de concursos.

A Teoria da Desigualdade Justificada impõe, nesses casos, uma dupla análise. A primeira (i) em relação ao critério diferenciador presente no edital, que busca identifica-lo e confirmar se há uma justificativa racional para a existência dele, se o tratamento desigual está devidamente associado ao motivo da necessidade e se esse critério é harmônico com a Constituição. E a segunda (ii) em relação à tatuagem em si, que busca identificar se o critério afasta apenas as tatuagens que representam inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos ou ao desempenho da função pública pretendida (item n. 15 da ementa de julgamento), que representem obscenidades (item n. 16 da ementa de julgamento) ou que incitem à violência iminente, ameaças reais (item n. 17 da ementa de julgamento).

¹⁰ Diversos critérios já foram utilizados para o mesmo fim, como, por exemplo, aqueles apontados nos casos concretos levantados por Freitas; Pezzella, 2013, pp. 190-193, quais sejam, (i) o critério combatido no Recurso em Mandado de Segurança n. 39.280-SC (2012/0214790-4), impetrado contra ato do Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão de Santa Catarina e do Comandante da Polícia Militar em razão de tatuagem em lugar visível; (ii) o critério do Edital n. 008/CESIEP/2012 que, em seu anexo II, trazia como condição incapacitante “tatuagens em qualquer área do corpo, se essas estiverem expressando 'motivos obscenos'; 'ofensivos' ou de 'morte', que possam ser consideradas como manifestações de desequilíbrio psíquico, de qualquer tipo; e que as demais tatuagens não deverão ficar expostas, em hipótese alguma, na cabeça; no pescoço acima da área coberta pela gola da camiseta, de manga curta; no terço distal do braço; no antebraço; nas mãos; abaixo do terço médio das coxas, para ambos os sexos”; (iii) o critério combatido no Recurso em Mandado de Segurança n. 34.723-60 (2011/0073761-0) impetrado para manutenção de candidato no Curso de Formação de Praças da Polícia Militar de Goiás (Corpo de Bombeiros), que havia sido excluído por apresentar tatuagem visível na panturrilha direita; (iv) o critério combatido no Agravo regimental no recurso especial n. 1293.411-SP (2011/0274638-0), no qual candidato que também havida sofrido reprovação em concurso público para o ingresso na Polícia Militar, dessa vez do Estado de São Paulo, por ter tatuagem visível na face interna do braço direito; e (v) o critério combatido no Habeas Corpus n. 84.147-SP (2007/0126955-7), impetrado de próprio punho por paciente que teve o acréscimo de sua pena devido à presença de uma tatuagem que, segundo o Ministério Público, o identificava como integrante de facção criminosa conhecida como PCC (Primeiro Comando da Capital).

Para averiguação da obscenidade de uma tatuagem, o STF cita na decisão, também, que deve ser aplicado um teste conhecido como *Miller-test*, mencionado expressamente pela Corte no julgado e no item n. 16 da ementa de julgamento. O *Miller-test* é uma forma de avaliação criada e utilizada pela *Supreme Court* norte americana no julgamento do caso *Miller v. California*, nos anos 70. Na ocasião, diante da dificuldade de se estabelecer uma definição legal para o conceito de obscenidade, o *Chief Justice* Warren Burger estipulou perguntas guias aos jurados com o intuito de facilitar a análise do caso de obscenidade que se julgava¹¹. Ao mencionar diretamente o *Miller-test* na decisão do RE 898.450/SP, o STF apontou que, para que uma tatuagem seja considerada obscena, deve:

[...] deve submeter-se ao Miller-Test, que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atraia o interesse lascivo; (ii) quando a obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável, (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.

Ocorre que, apesar de se tratar de um critério que almeja dar objetividade à análise de eventual qualidade obscena de uma tatuagem, característica que permite a eliminação de um candidato da disputa de uma vaga em concurso público, o critério parece inadequado trazendo mais perguntas que respostas.

A primeira pergunta que se faz é: o STF ou os responsáveis pela confecção de cada edital e pelo andamento dos concursos (comissões e concurso) têm capacidade para atuar como críticos de arte? Dela surgem outras: exceto os casos extremos como símbolos nazistas, racistas, entre outros, onde termina a arte e começa a obscenidade? Quem definirá o que tem e o que não tem “*sério valor literário, artístico, político ou científico*”?

Para exemplificar o problema em relação ao critério, cita-se o exemplo abaixo (Figura 1), de uma tatuagem inspirada em trecho da obra “A Divina Comédia”, epopéia de

¹¹ Nesse sentido: "In a 5-to-4 decision, the Court held that obscene materials did not enjoy First Amendment protection. The Court modified the test for obscenity established in *Roth v. United States* and *Memoirs v. Massachusetts*, holding that '[t]he basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether 'the average person, applying contemporary community standards' would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest. . . (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value'. The Court rejected the "utterly without redeeming social value" test of the *Memoirs* decision" (*Miller v. California*, n.d.).

Dante Alighieri datada do início do século XIV, em passagem do Canto III em que Virgílio e Dante chegam à porta do Inferno e se deparam com a inscrição “*Deixai, ó vós, que entráis, toda a esperança!*” (Alighieri, 2020, p. 19). Tanto a frase como a tatuagem, por si só, não deveriam atrair interesse lascivo ao homem médio (critério 1), não descrevem, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos definidos em lei (critério 2) e não carecem de sério valor literário (critério 3), pelo contrário.

Figura 1 – Tatuagem Inspirada na Obra “Divina Comédia” de Dante Alighieri



Fonte: Página do Pinterest¹²

Outro exemplo que problematiza o critério pode ser observados na tatuagem a seguir (Figura 2), que apresenta um órgão sexual masculino mas que, da forma como desenhado, não deveria atrair interesse lascivo ao homem médio (critério 1), não descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos definidos em lei (critério 2), mas carece de sério valor literário (critério 3) e não deixa de ser um órgão sexual e poderia ser proibido por isso.

Figura 2 – Tatuagem de um Órgão sexual masculino em formato de personagem fofo

¹² Disponível em: <https://br.pinterest.com/pin/829858668818730462/>. Acesso em 25 abr. 2021.



Fonte: Página do Pinterest¹³

Da mesma forma que uma tatuagem que possui clara conotação sexual em razão de sua posição no corpo e contexto, outras podem ser classificadas como obscenas pelo teste, sem que de fato sejam, ou ter sua relevância artística ignorada porque erótica¹⁴, ficando a análise a critério de uma Comissão de Concurso, de um Tribunal de Justiça ou do próprio STF (nos dois últimos casos se judicializada a questão).

Se a proposta do STF, ao estabelecer o *Miller-test* como necessário para a verificação de possível obscenidade de tatuagens, era retirar as arbitrariedades dos editais, mantendo as limitações possíveis apenas quando relativas ao exercício das funções pelo candidato, em adoção à Teoria da Igualdade Justificada, tem-se que os critérios utilizados na decisão (dotada de repercussão geral) não se mostram aptos a atingir tal finalidade.

CONCLUSÃO

¹³ Disponível em: <https://br.pinterest.com/pin/728386939710968404/>. Acesso em 28 jun. 2021.

¹⁴ Ver as obras do artista japonês Toshio Saeki (disponível em: <https://www.wikiart.org/pt/toshio-saeki>. Acesso em 25 abr. 2021), do artista e quadrinista italiano Milo Manara (disponível em: https://www.instagram.com/milomanara_oficial/?hl=pt-br. Acesso em 25 abr. 2021), do artista e quadrinista americano Robert Crumb (disponível em: <https://www.instagram.com/officialrobertcrumb/?hl=pt-br>. Acesso em 25 abr. 2021), entre outros.

Partindo da pergunta: os critérios utilizados pelo STF no julgamento do RE 898.450/SP mostram-se aptos a contribuir para a redução do preconceito em relação à tatuagem, de forma a realmente encará-la como forma de exteriorização da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão do cidadão? Buscou-se, no presente trabalho, investigar os critérios adotados pelo STF no julgamento do RE 898.450/SP e se esses critérios mostram-se adequados ao fim a que se propõem.

Concluiu-se, ao final, que o critério utilizado pelo STF para verificação de possível obscenidade de tatuagens em candidatos a cargos públicos, passíveis de reprovação, ao contrário de retirar as arbitrariedades dos editais e de manter as limitações apenas quando relativas ao exercício das funções pelo candidato — em adoção à Teoria da Igualdade Justificada — não se mostram, em uma primeira análise, aptos a atingir tal finalidade.

Isso porque os critérios estão muito abertos a subjetividades não justificáveis, ou seja, suas premissas são falhas e permitem uma análise casuística aberta a abusos e arbitrariedades que vão contra toda a argumentação exposta pelo STF quando da construção do julgado com repercussão geral.

Na realidade, o critério parece até mesmo favorecer a adoção arbitrariedades, dessa vez atreladas ao julgamento artístico, função que nem as comissões dos concursos nem os Tribunais estão aptos a exercer, como se fossem verdadeiros críticos de arte.

O presente trabalho, assim, contribuiu para a compreensão de problemas ligados aos direitos da personalidade, como a livre expressão do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, associados às tatuagens.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Tradução de José Pedro Xavier Pinheiro. Novo Hamburgo: Clube de Literatura Clássica, 2020.

BAKER, Edwin. **Harm, Liberty, and Free Speech**. In: *Southern California Law Review* 70, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed., rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança no 39.280. Concurso público. Polícia militar. Tatuagem. Dizeres discriminatórios, 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201202147904&dt_publicacao=07/12/2012. Acesso em 28 Jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial no 1293.411. Concurso público. Polícia militar do estado de São Paulo. Candidato portador de tatuagens. Direito líquido e certo não comprovado, 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102746380&dt_publicacao=31/10/2012. Acesso em 28 Jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus no 84.147. Tráfico de drogas posse de arma de fogo com numeração raspada. Dosimetria. Pena-base. Aplicação um pouco acima do mínimo legalmente previsto. Personalidade voltada à prática criminosa. Mera suposição, 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701269557&dt_publicacao=15/03/2010. Acesso em 28 Jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança no 34.723-60. Concurso público. Corpo de bombeiros do estado de Goiás. Homologação do resultado final do certame, 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100737610&dt_publicacao=02/12/2011. Acesso em 28 Jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.450/SP. Rel.: Min. Luiz Fux. Julgamento: 17 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur368513/false>. Acesso em 25 abr. 2021.

FREITAS, Riva Sobrado de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. As dificuldades da Constitucionalização do Direito ao Corpo: Liberdade de Expressão e Discriminação Social. Direitos Fundamentais e Justiça; Ano 7, n. 24, p 175-195, Jul- Set. 2013. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/247>. Acesso em 28 Jun. 2021.

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

JEHA, Silvana. **Uma história da tatuagem no Brasil: do Século XIX à década de 1970**. São Paulo: Veneta, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Miller v. California, 413 U.S. 15, 23 (1973). This article incorporates public domain material from this U.S government document. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/#23>. Acesso em 25 abr. 2021.

Miller v. California. (n.d.). Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-73>. Acesso em 28 Jun. 2021.

Obscenity. Cornell Law School, jun. 2017. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/obscenity>. Acesso em 25 abr. 2021.

RAMOS, Celia Maria. **Teorias da tatuagem.** Santa Catarina: UDESC, 2001.

SANTA CATARINA. Edital n. 008/CESIIEP/2012. [Concurso Público para ingresso no quadro de Oficiais de Saúde para Médicos e Dentistas]. **Florianópolis:** Polícia Militar de Santa Catarina (QOSPM), Santa Catarina, 25 Abr. 2012. Disponível em: <https://www.pciconcursos.com.br/concurso/policia-militar-sc-11-vagas>. Acesso em 28 Jun. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TAFFAREL, Korotowi. **Ritual da Tatuagem:** educação ambiental e prática cultural entre os Ikpeng. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais). Universidade do Estado do Mato Grosso: Cáceres, 2010.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech.** Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2012.