



ABOUT A FOREIGNER BECOMING A PUBLIC SERVANT IN BRAZIL*

**A QUESTÃO DA POSSIBILIDADE DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO POR PARTE
DO ESTRANGEIRO NO BRASIL**

Paul Hugo Weberbauer¹

Raíssa Maciel Benevides Gadelha²

ABSTRACT

This study analyzes the issue concerning the possibility of a Foreigner to have access to the public office in Brazil. It aims to address the questions arising from the lack of regulation of the article 37, I Federal Constitution and the issue about the extinction list of those positions held by Foreigner before the Federal Constitution of 1988. Also integrates this study the Brazilian national case law about this topic and the dominant doctrine of limiting the foreigner to have access only to researcher positions in the public federal service.

Keywords: Foreigner. Public office. Federal Constitution. Legal Treatment.

RESUMO

O presente estudo analisa a questão do acesso aos cargos públicos por parte dos estrangeiros no Brasil. Objetiva analisar de forma objetiva a questão das consequências da carência de regulamentação do art.37, I CF e da questão da lista de extinção para aqueles cargos públicos ocupados por estrangeiros anterior a Constituição Federal de 1988. Também integra este estudo uma análise da questão por parte da jurisprudência nacional feita pelo Supremo Tribunal Federal e o entendimento dominante limitando o estrangeiro aos cargos de pesquisador, técnico ou professor universitário.

Palavras-chave: Estrangeiro. Cargo público. Constituição Federal. Tratamento jurídico.

INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Integrante do grupo de pesquisa Integração Regional, globalização e Direito Internacional (Recife, PE/Brasil). E-mail: phweberbauer@hotmail.com

² Advogada. Bacharela em Direito pela UFPE (Recife, PE/Brasil). E-mail: raissa.mgadelha@outlook.com



O advento da Emenda Constitucional nº. 19/1998 promoveu uma série de reformas nas diretrizes da Administração Pública brasileira, destacando-se a nova redação do art. 37, I da Constituição Federal em que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

Ao estabelecer a possibilidade do estrangeiro em ingressar a qualquer cargo, emprego e função pública, desde que regulamentada em lei, a nova redação constitucional abriu uma nova ramificação no campo de estudos da condição jurídica do estrangeiro no Brasil: quais são e como se dá o acesso aos cargos e funções públicas pelo estrangeiro?

Inicialmente, o objetivo é traçar um panorama geral sobre a concepção do estrangeiro no Direito brasileiro, para então estabelecer o regime jurídico ao qual está sujeito, destacando-se a complexidade do tema no que tange o seu tratamento no Brasil.

Em seguida, destaca-se a questão dos nacionais portugueses e sua condição específica no ordenamento jurídico brasileiro, tanto por força de dispositivo constitucional como por regulamentação internacional por via do Tratado de Porto Seguro de 2000.

No terceiro momento, parte-se para a questão do acesso ao serviço público aos estrangeiros, o qual é dividido em três ocasiões distintas: (1) a alteração do tratamento ao estrangeiro advindo pela Emenda Constitucional nº. 19; (2) a situação especial criada para professores, técnicos e pesquisadores com a Emenda Constitucional nº.11; e (3) A questão da transição do art.243 da Lei 8.112/1990, destacando-se a análise dos casos Bricker e Cuello.

Quanto à metodologia, o estudo adotou a dedução como instrumento guia para sua confecção, preponderando as duas etapas do conhecimento que compõem o método histórico, a análise e a síntese. A análise se apoia na investigação doutrinária, legislativa e jurisprudencial, das quais se apontam as sínteses dos autores sobre o assunto proposto.



Há de se salientar que a investigação prevalece o uso de fontes legislativas e atos administrativos, uma vez que se trata de um assunto com pouca análise doutrinária análise especializada, em sua maioria sendo tratada de forma marginal dentro de outro contexto.

1. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

1.1 O ESTRANGEIRO NA DOUTRINA BRASILEIRA, VISÃO GERAL.

O primeiro passo para entender a condição jurídica do estrangeiro no Brasil é compreender o que é a figura do Estrangeiro e qual as definições que existem acerca do mesmo na doutrina brasileira.

A delimitação do significado da palavra de estrangeiro se faz necessária, uma vez que existem diferentes institutos que trabalham com essa condição de não-nacional, a exemplo a definição de capital estrangeiro prevista no art.1º da Lei 4131/1962, na qual define:

Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos dessa lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil, sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas jurídicas ou físicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. (BRASIL, 1962)

Para fins deste estudo, estrangeiro é relacionado à pessoa física ou pessoa natural, não incluindo na presente análise qualquer outra ramificação que a palavra possa ter em relação a outros fenômenos e institutos jurídicos.

Neste contexto, o estrangeiro é uma condição, um *status* que toda pessoa física assume ao sair de seu país, seu Estado-nacionalidade e ingressar em território fora da jurisdição do mesmo, ou como bem define Florisbal de Souza Del’Olmo (2014, p.94): “todo ser humano que se ausenta do Estado do qual é nacional assume o *status* de estrangeiro”.



Fica evidenciado que a caracterização do estrangeiro ocorre por exclusão, isto é, aqueles que não são nacionais, são estrangeiros. Não havendo uma definição própria para o estrangeiro, mas sim uma definição derivada da condição de não-ser nacional.

Neste sentido, para a Ciência do Direito considera-se estrangeiro quem, de acordo com as normas jurídicas do Estado em que se encontra, não integra o conjunto dos nacionais deste Estado. Portanto, para adquirir a condição de *estrangeiro*, basta que a pessoa se locomova da jurisdição do Estado a que pertence (ou seja, do Estado do qual é *nacional*, se essa pessoa tiver uma nacionalidade, ou de qualquer Estado, se for ela apátrida) e passe à jurisdição de outro, sem integrar, a qualquer título, a massa dos nacionais deste Estado. (MAZZUOLI, 2012, p.720)

Pela natureza derivada do conceito do estrangeiro, decorrem duas ramificações quanto ao tratamento jurídico dos mesmos. Se o estrangeiro decorre de uma condição da pessoa física não possuir qualquer nacionalidade, ou seja, é apátrida, seu regime jurídico é, predominantemente, regido pelo Direito das Gentes, compondo objeto de estudo do Direito Internacional Público.

Se o estrangeiro é aquela pessoa física que possui nacionalidade, porém se encontra em um Estado da qual não é nacional, tem-se a figura do estrangeiro propriamente dito e sujeito ao tratamento de sua condição pelo Direito do Estado no qual se encontra. É o estrangeiro objeto de estudo do Direito Internacional Privado, na temática da condição jurídica do Estrangeiro e objeto do presente estudo.

1.2 A ESTRANGEIRIA OU CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Estrangeiria ou situação jurídica do Estrangeiro no Brasil refere-se ao conjunto de normas que regulam o *status* de estrangeiro quando na esfera jurisdicional do Estado brasileiro. Compõem este conjunto de norma as regras referentes a ingresso, permanência, saída, direito, deveres e impedimentos aos estrangeiros que estabeleçam domicílio, residência ou estejam de simples passagem pelo território brasileiro.



Para melhor compreensão de como o Estado brasileiro lida com o tratamento do estrangeiro, é de suma importância entender o Princípio da Legalidade em sua acepção mais estrita. No mais, faz-se fundamental atentar para o que determina o artigo 1º da Convenção sobre condição dos estrangeiros no Decreto 18.956/29: “Os Estados têm direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros nos seus territórios” (BRASIL, 1929).

Este dispositivo legal, denominado de princípio da estrita legalidade, estabelece situação inusitada. No primeiro momento, o dispositivo consagra a plena liberdade dos Estados nacionais admitirem ou não o ingresso de estrangeiros em seu território, além de como estes estrangeiros serão tratados em seu território; porém, ao mesmo tempo, exige que, obrigatoriamente, tanto o impedimento quanto a imposição de restrições aos estrangeiros têm de constar em Lei.

Ou seja, toda restrição e impedimento ao estrangeiro deve, obrigatoriamente, constar estar expressa na legislação de cada país. Caso contrário, o impedimento é ilegal diante do compromisso internacional assumido e ratificado pelo governo brasileiro por meio da aludida Convenção.

Por consequência, verifica-se que aos estrangeiros podem ser impostas algumas normas não demandadas aos nacionais. São diretrizes deste tratamento jurídico diferenciado o Princípio da Reciprocidade e, principalmente, a garantia de um mínimo de civilização aos estrangeiros, como bem explica Dolinger.

Hans Kelsen com felicidade o denominador comum da situação jurídica do estrangeiro em terra alheia. O Estado não tem obrigação de admitir estrangeiros em seu território. Mas uma vez admitidos devem-lhe ser concedidos um mínimo de direitos, isto é, uma posição de certa igualdade com os cidadãos, pelo menos no que tange à segurança de suas pessoas e propriedades, o que não significa que eles devam ter os mesmos direitos dos cidadãos. E conclui que o *status* jurídico concedido aos estrangeiros não pode ficar abaixo de um certo *standard* mínimo de civilização. (DOLINGER, 2005, p.217)

Diante destas duas diretrizes que guiam o tratamento do estrangeiro – o da reciprocidade e da garantia do mínimo de civilização – a coluna cervical da legislação



brasileira para com o estrangeiro é composta pela Lei 6.815/ 80 (com alterações da lei 6.964/81), o Decreto nº. 86.715/1981 e a Constituição Federal.

A Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 é conhecida como Estatuto do Estrangeiro, pois define tanto a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, como também cria o Conselho Nacional de Imigração, cujas resoluções disciplinam a migração de estrangeiros para o Brasil. Enquanto que o Decreto nº.86.715 de 19 de agosto de 1980, regulamenta as disposições referentes ao Estatuto do Estrangeiro.

A sistemática legislativa de ambos os diplomas legislativo é bastante rigorosa no que toca a admissão, permanência, direitos e deveres do estrangeiro – uma vez que são produto de um período histórico conturbado.

O Estatuto do Estrangeiro foi elaborado em período pouco lisonjeiro da nossa história política, apega-se a uma obsessiva ‘segurança nacional’ (que jamais esteve realmente sob risco), sendo cansativamente repetitivo nas restrições à admissão e permanência do estrangeiro em nosso País e se perdendo, por falha técnica, em detalhamentos que seriam próprios de simples regulamentação (CAHALI, 2010, p. 27).

Nesta sistemática, anterior à Constituição Federal de 1988, existe a garantia ao estrangeiro residente no Brasil do gozo de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, salvo quando existir restrição oriunda de dispositivo Constitucional ou outra lei, estabelecendo uma aparente igualdade de direitos e deveres entre nacionais e estrangeiros no Brasil.

Essa aparente igualdade já se desfaz quando se analisa o art.106 do Estatuto do Estrangeiro, onde constam como impedimentos expressos ao estrangeiro:

Art. 106. É vedado ao estrangeiro
I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;
II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas;
III - ser responsável, orientador intelectual ou administrativo das empresas mencionadas no item anterior;
IV - obter concessão ou autorização para a pesquisa, prospecção, exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica;



- V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;
- VI - ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro;
- VII - participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada;
- VIII - ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais;
- IX - possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar, salvo reciprocidade de tratamento; e
- X - prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos estabelecimentos de internação coletiva (BRASIL, 1980)

Interessante frisar que a interpretação do inciso IV do art.106 do Estatuto do Estrangeiro deve ser lida à luz do art.176, §1º da Constituição Federal de 1988 – alterado pela Emenda Constitucional nº.6, a qual estendeu a vedação para a exploração de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica às empresas de origens estrangeiras, ainda que constituídas sob as leis brasileiras e cuja sede e administração também estejam no país, demonstrando que raiz nacionalista da legislação do regime militar brasileiro também penetrou partes do texto constitucional de 1988.

Ainda na declaração de direitos introduziu-se um dispositivo de caráter nacionalista, estabelecendo que as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não poderiam ser transferidas a estrangeiros. Finalmente, acrescentou-se ao artigo 72 da declaração de direito o parágrafo 33 permitindo ao Poder Executivo expulsar do território nacional os súditos estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos ao interesse da República (BONAVIDES, 2008, p. 249).

Além destas vedações, ainda existe a tradicional vedação concernente ao fato de o estrangeiro estar proibido de exercer atividade de caráter político e de interferir em assuntos internos. Esta vedação é tradicional e sua raiz se encontra no art.7º da Convenção sobre a condição do estrangeiro, ratificada no Decreto 18.956/29, o qual prevê: “O Estrangeiro não se deve ingerir nas atividades políticas privativas dos



cidadãos do país no qual se encontre; se tal fizer, ficará sujeito às sanções previstas na legislação local” (BRASIL, 1929).

Ao sair do núcleo infraconstitucional, a condição jurídica do estrangeiro na Constituição Federal de 1988 sofre significativas melhoras, especialmente diante da grande carga programática e a ascensão axiomática dos princípios na interpretação das normas jurídicas sob sua égide.

Isto significa que, apesar da carga nacionalista existente em várias partes da Constituição Federal, a previsão expressa no *caput* do Art.5º estende de forma positiva os direitos ali consagrados aos estrangeiros, resultando em uma série de incompatibilidades entre o sistema existente na Lei 6.815 e seus regulamentos, para com os princípios da Constituição de 1988.

Trata-se de um assunto longo e que exigiria um estudo à parte, mas, para exemplificar, o advento da Constituição de 1988 tornou inconstitucional a prisão administrativa decretada tão-somente pelo Ministro da Justiça nos procedimentos para saída compulsória de estrangeiro irregular ou nocivo para o Estado Nacional, pois o art.5º LXI da CF impõe a necessidade de a prisão ser solicitada por autoridade judicial.

Não à toa, desde 1991, com o encaminhamento do projeto de lei nº. 1.813, procura-se substituir o Estatuto do Estrangeiro por uma legislação mais nova e mais compatível tanto com a Constituição Federal de 1988, como também com os compromissos internacionais sobre direitos humanos que o Brasil desde então assumiu.

Atualmente, com este espírito inovador, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº. 5.655/2009, de autoria do Poder Executivo, cujo objetivo é estabelecer um novo Estatuto do Estrangeiro.

1.3 A SITUAÇÃO *SUI GENERIS* DO PORTUGUÊS NO BRASIL

Se, por um lado, o estrangeiro tem um tratamento rigoroso por parte da legislação infraconstitucional, existe uma categoria de estrangeiro que goza de uma situação *sui generis* na condição jurídica do estrangeiro no Brasil: o nacional português.



Devido ao passado colonial, a República Federativa do Brasil e a República de Portugal possuem um laço profundo nas suas relações, a ponto de possibilitar um tratamento diferenciado para os nacionais destes países nos ordenamentos jurídicos dos mesmos.

Essa ancestralidade em comum entre os dois povos fez com que o legislador brasileiro inserisse na Constituição Brasileira de 1988 uma situação especial em favor dos nacionais portugueses. Tal distinção consta da redação do art.12 §1º pós Emenda de Revisão nº. 3 de 1994, o qual dispõe: “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”.

Neste contexto, o nacional português tem seu regime jurídico disciplinado pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Federativa do Brasil e a República de Portuguesa (Tratado de Porto Seguro 2000), assinado em 22 de abril de 2000 e ratificado em 19 de setembro de 2001, no Decreto nº. 3.927.

A condição *sui generis* do português no ordenamento jurídico brasileiro começa pela opção daquele em se sujeitar ao sistema tradicional de tratamento dos estrangeiros – isto é, mantendo a condição de estrangeiro –, ou optar pela aplicação do Estatuto da Igualdade, contido no Tratado de Porto Seguro 2000, inserindo-se no fenômeno do **como se brasileiro fosse** ou da **quase-nacionalidade**.

O ESTATUTO DA IGUALDADE E O INSTIUTTO DA QUASE-NACIONALIDADE (CF, ART.12, §1º). – A norma inscrita no art. 12, §1º da Constituição da República – que contempla, em seu texto, hipótese, excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses (STF – Exatidão 890, 28/10/2004).



Para inserir-se nesta situação, o nacional português deve atender os requisitos do art. 15 do Tratado de Porto Seguro 2000, que são: (1) realizar a solicitação ao Ministério da Justiça; (2) estar em gozo da capacidade civil; e (3) ter residência habitual no Brasil, esta é a situação em que o português se enquadra na figura da quase-nacionalidade.

Na condição de permanecer estrangeiro, o português mantém como documento de identidade a Carteira de Identidade de Estrangeiro e possui um Registro Nacional de Estrangeiro, normalmente alfanumérico, gozando apenas de determinadas especificidades da Lei 6.815 quanto aos impedimentos. Em suma, nesta condição, o português é tratado tal qual os demais estrangeiros.

Por outro lado, quando o português requer a aplicação da condição de igualdade, ele adquire um documento de identidade igual aos brasileiros, mencionando o gozo do tratado e a nacionalidade do mesmo (Art. 22 Dec. 3907/2001); sendo impossibilitada sua extradição para país que não seja Portugal (art.18 Dec.3907/2001); podendo solicitar gozo de direito políticos (art.17 Dec.3907/2001); e, mais interessante, a isonomia quase plena com os nacionais brasileiros (art. 12 Dec.3907/2001). Este último consubstanciando um “direito” adquirido pelo português, por aplicação do Tratado de Porto Seguro, o mais relevante para a presente análise.

A isonomia entre portugueses em gozo do Tratado com os brasileiros possui somente uma limitação: as vedações expressas na Constituição Brasileira. Isto é, somente não serão acessíveis aos portugueses os direitos e cargos, os quais, por força constitucional, são privativos aos brasileiros, ou aqueles considerados de segurança nacional, incluídos nos conceitos de Soberania e ordem pública brasileira.

Mediante tratados, países diversos já se entenderam no sentido de que os súditos de cada um deles tenham no território do outro um estatuto privilegiado em relação aos demais estrangeiros. Tal é o caso do estatuto da igualdade entre brasileiros e portugueses (...) por força do qual um português, preservando incólume sua nacionalidade, e continuando pois a ser, sob nossa ótica, um estrangeiro, pode fruir, no Brasil, da plenitude dos direitos civis, e ainda dos direitos políticos, com a só ressalva dos



cargos que a Constituição reserva aos nacionais natos. (REZEK, 2000, p. 186)

Neste sentido, é harmônico afirmar que ao se inserir no instituto da quase-nacionalidade, o nacional português não está sujeito às deficiências e limitações dos demais estrangeiros para adentrar no serviço público brasileiro.

2 O ESTRANGEIRO NO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO

Entendeu o constituinte de 1988 a necessidade de inserir na carta constitucional, de forma expressa, princípios e regras gerais sobre a Administração Pública, em especial ao servidor público, podendo destacar aquelas concernentes ao acesso aos cargos e empregos públicos (art.37 CF), à estabilidade (art.41 CF), ao regime próprio de previdência (art. 40 CF), dentre outras.

Porém, como se manifestação da maldição de Babel fosse, mesmo esse sistema constitucional de regramento dos servidores públicos não resultou em um consenso doutrinário sobre os nomes e nem sobre as classificações dos sujeitos que mantêm vínculos de natureza funcional com o Estado.

Neste contexto, a interpretação dominante da Constituição Federal de 1988 se concentra em estabelecer a concepção de servidor público como um gênero de “agente público”, ou seja, aqueles agentes administrativos sujeitos ao regime jurídico de caráter estatutário. Trata-se de uma concepção estrita do servidor público.

Por outro lado, existe o conceito de servidor público em sentido *lato*, o qual engloba tanto os servidores estatutários como os empregados públicos, como explica Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que



prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo funcionário, o que não impede que seja este mantido na legislação ordinária (DI PIETRO, 2004, p. 442).

Importante delimitar que o presente estudo aborda a questão do acesso ao estrangeiro aos cargos públicos em sentido estrito, isto é, acesso aos cargos previstos no art.37, I da CF e submetidos ao regime da Lei 8.112 de 1990, adotando-se um conceito estrito de servidor público e, concomitantemente, de serviço público.

Diante desta delimitação, no presente estudo, quando se trabalha a questão do acesso ao serviço público, trabalha-se a questão do estrangeiro como servidor público estatutário e a questão de interpretação do art. 37, I da Constituição Federal, pós Emenda Constitucional nº. 19 de 1998.

Por fim, vale também ressaltar que a questão do estrangeiro acessar cargos públicos a nível estadual resta como objeto a ser explorado em outra oportunidade, uma vez que “a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União” (DI PIETRO, 2004, p.455). Afere-se a veracidade de tal norma, dentre outros exemplos, através da Resolução nº.3.801/1991, pela qual a Universidade de São Paulo alterou seu estatuto para admitir docentes estrangeiros de forma permanente em seus quadros.

2.2 O ACESSO A CARGOS PÚBLICOS PELOS ESTRANGEIROS

2.2.1 Considerações iniciais

Para que se possa compreender o acesso aos cargos públicos pelos estrangeiros no Brasil é preciso realizar a análise de três questões: (1) a situação do estrangeiro no serviço público anterior à emenda nº. 19 de 1998; (2) a interpretação do art.37, I da CF posterior à emenda nº.19 de 1998; e, (3) o art.207 da CF e a autonomia universitária.

Por uma questão de coerência do artigo, opta-se por destacar o primeiro ponto e deixá-lo para uma análise em capítulo próprio, pois existe um desenvolvimento na questão que não foi regulamentado pela Emenda Constitucional nº.19 e que,



invariavelmente, acaba ressurgindo na jurisprudência e gera dúvida em muitos acadêmicos de Direito até hoje.

Feito este esclarecimento, o presente capítulo vai tentar esclarecer a questão envolvendo a interpretação do art.37, I da CF posterior à Emenda Constitucional nº.19 e, logo depois, a questão do art.207 da CF e a autonomia universitária.

2.2.2 A interpretação do art. 37, I da CF pós EC nº.19 de 04 de junho de 1998

Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei" (BRASIL, 1998).

Com a Emenda Constitucional nº.19 de 04 de junho 1998, o inciso I do artigo 37 da CF teve inserido em sua redação a figura do estrangeiro e a possibilidade, ao menos constitucional, de acessarem cargos, empregos e funções públicas.

Esta inovação por parte do legislador brasileiro pode ser explicada pela tendência de maior aceitação de estrangeiros no serviço público após a Emenda Constitucional nº.11, de 30 de abril de 1996, permitir o acesso aos cargos de magistério superior, técnicos universitários e cientistas, como explica Débora Minuzzi.

A Emenda Constitucional nº.19/98, que alterou o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, surgiu em face da EC nº. 11/96 em que introduzindo os §§ 1º e 2º no artigo 207 da Constituição Federal, permitiu a admissão de estrangeiros para a função de professores, técnicos e cientistas nas universidades e instituições de pesquisa federal.

Há de se ter presente que afora essa hipótese – que deu origem à alteração do artigo 37, inciso I, da CF/88, tomando viável aos estrangeiros, nos moldes do artigo 207 da CF/88, exercer a função de professores, técnicos e cientistas nas universidades e instituições de



pesquisas federal, - o acesso por estrangeiros a cargos ou funções públicas no Brasil depende da elaboração de lei infraconstitucional por ser o artigo 37, inciso I, CF/88, dotado de eficácia limitada (MINUZZI, 2012).

Ocorre que a simples alteração na redação do dispositivo constitucional sobre o acesso aos cargos públicos, concretamente, não alterou a situação de não acesso por parte do estrangeiro. A nova redação do art.37, I CF abriu um debate sobre a natureza desta norma e a abrangência de sua aplicabilidade.

A interpretação dominante é a de que a nova redação do art.37, I CF seria a de uma norma de eficácia limitada, uma vez que a expressão “na forma da lei” no final deste dispositivo determina a regulamentação por lei infraconstitucional para dar efeito pleno à previsão constitucional. Isto é, como bem coloca Maria S. Z. Di Pietro (2004, p.455), o art.37, I CF “não é autoaplicável, dependendo de lei que estabeleça as condições de ingresso do estrangeiro”.

Em sede de doutrina, não se trata de um assunto pacífico, uma vez que existem doutrinadores que defendem que o art.37, I da CF seria norma de eficácia contida, interpretando a expressão “na forma da lei” não como uma barreira de acesso, mas sim como um instrumento de restrição *a posteriori* conforme as necessidades e problemas decorrentes da absorção de estrangeiros no serviço público.

Na esteira deste pensamento, Cristiane Lopes (2009, p.480) defende que o art.37, I CF seria uma, nos dizeres da autora, norma de eficácia *contível*, fundamentando sua posição na observação e no compromisso do Brasil com os Direitos Humanos e na interpretação extensiva do princípio da isonomia assentado no *caput* do art.5º da Constituição Federal, como explica:

Se a questão fosse analisada exclusivamente pela ótica do princípio da igualdade, que estipula que os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil devem ter os mesmos direitos, o mais lógico seria interpretar a norma de maneira a dar-lhe maior eficácia (LOPES, 2009, p. 480).



Apesar desse debate em aberto na doutrina, a caracterização do art.37, I CF como norma de eficácia limitada é assunto pacificado tanto na jurisprudência, quanto em nível de poder executivo.

Da jurisprudência pode-se destacar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 544.655 em publicado no DJE 10.10.2008, no qual

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ESTRANGEIRO. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO. ARTIGO 37, I, DA CF/88. O Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que o artigo 37, I, da Constituição do Brasil [redação após a EC 19/98], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, **preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não autoaplicável.** Precedentes. Agravo regimental a que se dá provimento (STF, RE 544.655, DJE 10.10.2008, grifo dos autores).

Por parte do Poder Executivo, destaca-se o parecer PARECER/CONJUR/MTE/Nº 189/2009, no qual consta o posicionamento da Advocacia Geral da União sobre o assunto:

I - RELATÓRIO

Por intermédio de Despacho não numerado, datado de 29 de abril de 2009, o Gabinete do Ministro, acatando sugestão procedida pela Coordenação-Geral de Imigração, solicita manifestação desta Consultoria Jurídica acerca de ofício encaminhado pelo Sr. Prefeito do Município de Ibaté/SP.

2. Pretende o Sr. Prefeito do Município de Ibaté/SP, através do referido expediente, a concessão de visto de trabalho ao estrangeiro Sr. Emanuel de Jesus Correia, a fim de que este seja investido em cargo em comissão no âmbito daquela Prefeitura, na qualidade de seu assessor na área de saúde.

3. Ao se manifestar sobre o tema, a Coordenação-Geral de Imigração, por intermédio da NOTA TÉCNICA Nº 002/2009/CGIg/GM/MTE, concluiu que "enquanto não for editada lei federal que verse sobre a investidura de estrangeiro em cargo público municipal, seja através de concurso público ou nomeação para cargo de provimento em comissão, torna-se necessária a prova da nacionalidade brasileira".

(...)

11. Acerca do mencionado dispositivo constitucional comenta, com propriedade, José Afonso da Silva :



A Constituição estatui que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I, e Emenda Constitucional 19/1998). **Há aí duas normas e dupla referência à lei. A primeira norma, que reconhece a acessibilidade a todos os brasileiros, é de eficácia contida e aplicabilidade imediata, de sorte que a lei a ela referida não cria o direito previsto, antes o restringe, ao prever requisitos para seu exercício.** Essa lei está limitada pela própria regra constitucional, de sorte que os requisitos nela fixados não poderão importar discriminação de qualquer espécie ou impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa. Mas a **Emenda Constitucional 19/1998 inovou, criando a possibilidade de acesso do estrangeiro aos cargos, empregos e funções públicas. É a outra norma, só que esta de eficácia limitada, pois que o exercício do direito nela instituído depende de forma a ser estabelecida em lei.** Assim, também é o direito de admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros nas Universidades, previsto no art. 207, § 1º (Emenda Constitucional 11/1996). (...)

12. De fato, **a regra constitucional que disciplina a investidura de cargos, empregos e funções públicas por estrangeiro é abarcada por norma de eficácia limitada, de modo que a sua aplicabilidade depende de ulterior normatização. Somente com a promulgação de lei que a regulamente, portanto, é que seus efeitos serão produzidos em sua plenitude** (CONJUR/MTE, 2009, grifo dos autores).

Acrescentando-se a mesma posição no ofício nº. 252/2008 da Secretaria de Recursos humanos do Ministério do Planejamento, no qual consta:

Acuso recebimento do Ofício nº 1135/2008/GM-MME, datado de 18 do corrente, dessa procedência, que originou o Documento nº 04500.005025/2008-85, através do qual essa chefia de gabinete solicita avaliação quanto à possibilidade de nomeação de pessoa de nacionalidade estrangeira para cargo comissionado, no âmbito desse Ministério.

2. Em resposta, informo a V. S^a que em consonância com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 37, I, da Constituição Federal de 1988, **os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos estrangeiros na forma da lei, razão pela qual não possui aplicabilidade imediata por carecer de lei que discipline a matéria** (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. 2008, grifo dos autores).



Destarte, em nível de Poder executivo, o entendimento é a de que a carência de regulamentação do art.37, I da CF aplica-se tanto para os cargos efetivos, como para os cargos comissionados.

Neste ponto, como prevalece o entendimento de o art.37, I CF ser uma norma de eficácia limitada, o estrangeiro continua sem poder acessar os cargos públicos que sejam fundamentados por este dispositivo, uma vez que não houve alteração na legislação infraconstitucional para efetivar este direito.

Isto significa que, até que seja realizada uma alteração na Lei 8.112/1990 ou seja promulgada lei específica para regulamentar os estrangeiros no serviço público federal, os mesmos não poderão ser investidos em cargos públicos, por ausência de regulamentação do inciso I, do art.37 da CF.

Salutar lembrar que, apesar de se tratar de uma regra constitucional, existem exceções.

2.2.3 O art. 207 da CF e a autonomia universitária

Como mencionado, a nova redação do art.37, I CF não trouxe, *in concreto*, qualquer novidade na situação do acesso por parte do estrangeiro aos cargos públicos, entretanto, existem algumas situações que permitem o estrangeiro ingressar no serviço público, não por força do art.37, I CF, mas por outro dispositivo constitucional: o art.207 da CF.

Normalmente, o art.207 da CF é estudado no contexto da autonomia das Universidades, tanto que em sua redação original, somente dispunha sobre a autonomia “didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão” (BRASIL, 1988).

Ocorre que, por necessidade de mão-de-obra qualificada e a histórica escassez do Brasil em pesquisadores, optou o legislador em acrescentar dois parágrafos ao art.207 da CF, garantindo não só a autonomia universitária, mas também a possibilidade destas instituições em promover em seus quadros permanentes professores, técnicos e



pesquisadores estrangeiros. Surge a Emenda Constitucional nº.11, de 30 de abril de 1996:

Art. 1º São acrescentados ao art. 207 da Constituição Federal dois parágrafos com a seguinte redação:

Art. 207.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica (BRASIL, 1996).

Ressalte-se que, diferentemente do que aconteceu com o art.37, I da CF, as disposições dos parágrafos do art.207 da CF foram regulamentadas a nível infraconstitucional com a promulgação da Lei 9.515 de 20 de novembro de 1997, a qual acrescentou o §3º do art.5º da Lei 8.112/1990.

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em virtude da permissão contida nos §§ 1º e 2º do art. 207 da Constituição Federal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

"Art. 5º

§ 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei" (BRASIL, 1997).

Isto significa que o estrangeiro pode acessar os cargos públicos de professor, técnico ou pesquisador universitário graças à regulamentação feita pela Lei 9.515 – caso tal norma não existisse, novamente estaria manifestada a carência de regulamentação. Neste sentido foi claro o Ofício nº. 39, de 28 de agosto de 1996 da Secretária de Recursos Humanos do Ministério de Planejamento, o qual afirma:

Considerando a edição da Emenda Constitucional nº 11, de 30 de abril de 1996 que alterou o art. 207 da Constituição Federal, facultando às Universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, esta Secretaria informa que, até que se publique Lei que regulamente tal contratação, e observada a Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990, **os estrangeiros legalmente habilitados, poderão inscrever-se em concursos públicos para provimento de cargos de professor, técnico e cientista** (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 1996).



Ocorre que tal Ofício-circular foi revogado pela nota técnica 225/2013, cuja motivação consta como:

XXX - Ofício-Circular nº 39, de 1996

Legislação Correlata: Constituição Federal, art. 37, inciso IX; Lei nº 8.745, de 1993.

O ato normativo em análise visava suprir a lacuna existente no âmbito do ordenamento acerca da possibilidade de contratação de professores estrangeiros. Entretanto, a questão já foi inteiramente disciplinada pela Lei nº 8.745, de 1993, em seu art. 2º, inciso V. Portanto, **entende-se que o normativo em questão não subsiste, ante a regulamentação da matéria, merecendo ser revogado** (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, 2013).

Em outras palavras, o próprio Poder Executivo já consolidou o entendimento de que, desde a Lei nº 8.745 de 1993, ou seja, desde lei anterior ao ofício-circular, já existia a possibilidade, por excepcionalidade do interesse público e por caráter temporário, de serem admitidos professores estrangeiros.

Por sua vez, a bem-vinda inovação advinda pela Emenda Constitucional nº.11 trouxe alguns problemas que, a nível legislativo, ainda não foram sanados e, por tal motivo, se apresentam regulados somente por força de entendimento jurisprudencial.

O primeiro problema advindo da possibilidade do estrangeiro ingressar nestes cargos universitários foi a questão da exigência ou não de apresentação de visto permanente para a realização do concurso ou, até mesmo, como requisito para investidura no cargo público.

Este problema foi, aparentemente, sanado pelo forte e uniforme entendimento dos Tribunais Federais brasileiros em determinar que a ausência de visto permanente não pode figurar como exigência para acesso aos cargos públicos abertos aos estrangeiros. Neste sentido, destacam-se os posicionamentos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO ESTRANGEIRO. APROVAÇÃO NOMEAÇÃO E POSSE EXIGÊNCIA DE VISTO PERMANENTE. RAZOABILIDADE. NÃO-OBSERVÂNCIA. 1. Prevendo a legislação de regência da situação do estrangeiro no Brasil a possibilidade de concessão de visto a professores e pesquisadores



estrangeiros, sendo o visto temporário para o exercício de atividades por prazo igual ou inferior a dois anos, e o visto permanente para o caso de atividades por prazo superior a esse, **tem direito líquido e certo o candidato estrangeiro que, depois de regularmente aprovado em concurso público, busca tomar posse do cargo, ainda que pendente a expedição do visto permanente**, já que uma das condições para a concessão do visto permanente é a posse em cargo público. 2. **Não há razoabilidade, assim, no entendimento de que, para que o estrangeiro seja empossado em cargo público deva apresentar o visto permanente**, uma vez que essa (a posse) constitui fundamento para que seja postulada a conversão do visto temporário em permanente. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação e remessa oficial desprovida. (TRF-1, MAS:26323 MG 2006.38.00.026323-7, 31/03/2008, grifo dos autores)

No mesmo sentido, posição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. ESTRANGEIRO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE PROFESSOR ADJUNTO DA UFRRJ. VISTO TEMPORÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI QUE CONDICIONE A INSCRIÇÃO NO CONCURSO À APRESENTAÇÃO DE VISTO PERMANENTE. 1RT.207, §1º DA CF E ART. 5º, §3º DA LEI Nº 8.112/90. DELIBERAÇÃO DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO DA UFRRJ EM SENTIDO CONTRÁRIO. POSTERIOR OBTENÇÃO DE VISTO PERMANENTE. ART.16 DA LEI Nº 6.815/80. FIXAÇÃO DEFINITIVA NO BRASIL.

(...)

2 – O Impetrante, estrangeiro, de posse de visto temporário, inscreveu-se e foi aprovado em 1º lugar em concurso público para o cargo de professor adjunto da UFRRJ. Após empossado no cargo, a própria Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro requereu para ele autorização de trabalho para exercer no Brasil a função de professor de Física, Ensino Superior, em 14/09/2004 (fl. 36), obtida em novembro/2004, por tempo indeterminado (fl. 33);

3 – **A Constituição da República Federativa do Brasil assegura aos estrangeiros o preenchimento de cargos públicos, na forma da lei (art. 37, I) além de facultar às universidades, que gozam de autonomia didático-científica e administrativa, a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros (art. 207, § 1º). A Lei nº 8.112/90, que instituiu o Regime Jurídico único dos servidores públicos federais, dispõe no art. 5º, § 3º no mesmo sentido;**

4 – **A concessão de visto permanente somente se concretiza diante da comprovação de admissão no serviço público ou contrato de trabalho por prazo superior a dois anos** (art. 17 do Estatuto Estrangeiro e Resolução Normativa nº 01/97 do Ministério do Trabalho - Conselho Nacional de Imigração), donde se revelar descabida a exigência contida na Deliberação nº 32/92 do Conselho Universitário da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro de que a inscrição de



candidatos estrangeiros em concurso público para cargo de docente está condicionada à apresentação de visto permanente;

5 - **A aprovação em concurso público foi fundamento para a concessão do visto permanente ao Impetrante, diante da sua pretensão em se fixar definitivamente no Brasil**, nos termos do art. 16 do Estatuto do Estrangeiro;

(...)

7 - Remessa necessária improvida. Sentença concessiva de segurança confirmada integralmente. (TRF-2 REOMS: 200551010035055 RJ 2005.51.01.003505-5, Data de Julgamento: 29/03/2011, grifo dos autores).

Em suma, graças à uniformidade da Jurisprudência, uma das omissões legislativas advindas com a Emenda constitucional nº.11 foi suprida, e, assim, restou consolidado o entendimento de que não há necessidade de visto permanente para a participação em concurso público, tampouco para a investidura no cargo almejado.

O outro problema que surgiu na nova sistemática da Emenda Constitucional Nº. 11/1996 é mais espinhoso e relaciona-se à questão dos estrangeiros no serviço público brasileiro antes da Constituição de 1988. Tal assunto merece, como anteriormente mencionado, tópico de análise próprio.

3 A SITUAÇÃO DO ESTRANGEIRO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº.19

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Quando se analisa a questão dos estrangeiros e o acesso aos cargos públicos no contexto geral anterior à Emenda Constitucional nº. 19, excluindo-se a situação criada pela Emenda Constitucional nº.11, tem-se um dos temas de compreensão mais complexos da atualidade.

A complexidade do tema decorre da recepção dos servidores públicos estrangeiros pelo regime inicial da Constituição Federal de 1988 – a qual em sua redação original não abrangia nenhuma hipótese para estrangeiro figurar como servidor público



– mais precisamente, no que concerne a questão dos empregados públicos estrangeiros e o problema do regime jurídico único (RJU) implementado pelo *caput* do art. 39 da Constituição Federal de 1988.

Para entender esse tema espinhoso, a análise se divide em três tópicos: (1) a controvérsia do art.243, §6º da Lei 8.112/1990; (2) o caso Bricker; e (3) o caso Cuellar.

3.2 A CONTROVÉRSIA DO ART.243, §6º DA LEI 8.112

Antes da Constituição Federal de 1988, a Constituição Federal de 1967 vedava o acesso pelos estrangeiros aos cargos públicos, quando em seu art.95 definia “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer” (BRASIL, 1967)

Na sistemática de 1967, não havia possibilidade alguma de um estrangeiro gozar os direitos da Lei nº. 1.711, de 28 de outubro de 1952, qual era o Estatuto dos Funcionários Públicos civis da União.

Ocorre que, apesar da vedação absoluta aos cargos estatutários, não havia vedação para o estrangeiro figurar como empregado público, isto é, exercer atividade que possui função pública, porém pela via contratual, sendo assim regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas, ao invés de estatuto próprio. Esse entendimento é mantido até hoje, por via da Lei 9.962 de 22 de fevereiro de 2000, a qual não menciona vedação alguma a estrangeiros exercendo emprego público.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se, por via do seu art.39, a necessidade de implementação de um regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, além das autarquias e fundações públicas. Em outras palavras, os empregados públicos das autarquias e fundações públicas acabariam sendo absorvidos por este Regime Jurídico Único previsto neste dispositivo.

Em nível federal, foi promulgada a Lei nº.8.112 de 11 de dezembro de 1990, a qual, em seu capítulo final, terminou por realizar a transformação dos antigos empregados públicos das pessoas de Direito Público em servidores estatutários.



Art.243. **Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei**, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº.1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº.5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contrato não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§1º. **Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação** (BRASIL, 1990, grifo dos autores).

Para os estrangeiros, por sua vez, este art.243 teve duas consequências relevantes.

A primeira consequência foi a possibilidade de se admitir, de forma excepcional e de caráter temporário, a contratação de professor e pesquisador visitante estrangeiro, conforme previsão do art.2º, V da lei 8.745 de 09 de dezembro de 1993.

Novamente, deve-se salientar que esta medida, de caráter excepcional e temporário, impunha sérias restrições à contratação do estrangeiro, exigindo não apenas a titulação na área, como também competência reconhecida, vide a seguinte norma:

§ 5º A contratação de professor visitante e de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, tem por objetivo:

I - apoiar a execução dos programas de pós-graduação *stricto sensu*;
II - contribuir para o aprimoramento de programas de ensino, pesquisa e extensão;

III - contribuir para a execução de programas de capacitação docente; ou
IV - viabilizar o intercâmbio científico e tecnológico.

§ 6º A contratação de professor visitante e o professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, deverão:

I - atender a requisitos de titulação e competência profissional; ou
II - ter reconhecido renome em sua área profissional, atestado por deliberação do Conselho Superior da instituição contratante.

§ 7º São requisitos mínimos de titulação e competência profissional para a contratação de professor visitante ou de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput:

I - ser portador do título de doutor, no mínimo, há 2 (dois) anos;
II - ser docente ou pesquisador de reconhecida competência em sua área; e



III - ter produção científica relevante, preferencialmente nos últimos 5 (cinco) anos.

§ 8º Excepcionalmente, no âmbito das Instituições da Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, poderão ser contratados professor visitante ou professor visitante estrangeiro, sem o título de doutor, desde que possuam comprovada competência em ensino, pesquisa e extensão tecnológicos ou reconhecimento da qualificação profissional pelo mercado de trabalho, na forma prevista pelo Conselho Superior da instituição contratante.

§ 9º A contratação de professores substitutos, professores visitantes e professores visitantes estrangeiros poderá ser autorizada pelo dirigente da instituição, condicionada à existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas decorrentes da contratação e ao quantitativo máximo de contratos estabelecido para a IFE. (BRASIL, 1993)

Interessante que a parte citada foi introduzida pela Lei 12.772 de 28 de Dezembro de 2012, justamente a norma que dispõe sobre a estruturação do Magistério Superior no Brasil e, curiosamente, não exige esse tipo de qualificação para os concursos de provimento para o quadro efetivo e permanente de professores das Universidades – chega-se ao ponto de dispensar a titulação de doutor conforme o art.8º§3º da mencionada lei.

A outra consequência foi a imposição da naturalização brasileira para que os empregados públicos estrangeiros pudessem ser incorporados no regime estatutário da lei 8.112/90, conforme o §6º do art.243

§6º Os **empregos dos servidores estrangeiros** com estabilidade no serviço público, **enquanto não adquirirem a nacionalidade brasileira**, passarão a integrar tabela em extinção, do respectivo órgão ou entidade, sem prejuízo dos direitos inerentes aos planos de carreira aos quais se encontrem vinculados os empregos (BRASIL, 1990).

Em suma, aos estrangeiros empregados públicos, o advento da Constituição Federal de 1988 acabou por gerar uma discriminação gritante para com seus pares brasileiros, uma vez que ficou condicionada à naturalização a possibilidade de serem integrados ao regime estatutário. Tal situação levantou uma série de questionamentos acerca da compatibilidade ou não de tal norma com o Princípio da Isonomia, consagrado



no art.5º da Constituição Federal de 1988, o qual, de forma expressa, determina igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no território brasileiro.

Existem dois casos emblemáticos na jurisprudência envolvendo esse problema da transição entre os estrangeiros empregados públicos para o regime jurídico único instituído pela Lei 8.112/90 em consonância ao art.39 da CF: o caso Bricker e o caso Cuello.

Antes de analisar estes casos, porém, vale acrescentar, a título de informação, que é muito comum encontrar entre acadêmicos de Direito dúvida ao que seria esta tal “tabela de extinção” que o citado dispositivo menciona. De forma resumida, todo cargo e emprego público tem um código próprio no sistema de gestão administrativa. Quando um servidor estatutário se aposenta, aquele código fica disponível para alocação, o que normalmente termina por ocasionar em um novo concurso público para preenchimento da vaga aberta. Por sua vez, o emprego em questão integrará tabela em extinção quando o servidor a que está vinculado se aposenta e a vaga correspondente – que deveria ser aberta para nova alocação – desaparece do sistema juntamente com o seu código.

Nestes casos, os estrangeiros empregados públicos antes da Constituição de 1988 e da Lei 8.112/90, quando se aposentarem, não permitirão a abertura de novas vagas para preenchimento, uma vez que essas vagas, como o código vinculado a elas, desaparecerão do sistema.

3.3 O CASO BRICKER

O primeiro momento jurisprudencial em que houve referência à imposição de nacionalização brasileira como condição para transformação do emprego público ocupado por estrangeiro para cargo público de regime estatutário aconteceu com o pleito do nacional alemão Franz Xavier Bricker que integrava o quadro técnico da Universidade Federal de Santa Maria desde 1966, sendo então regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) conforme regra em vigor à época.



Com o advento da Lei 8.112/1990 e da Emenda Constitucional nº. 19, ele aproveitou a oportunidade para ajuizar ação ordinária (Nº 97.11.01253-7 (RS)) contra a Universidade Federal de Santa Maria visando, pela via judicial, a transformação de seu emprego público em cargo público estatutário e sua submissão às novas regras do RJU então implementado. Sua alegação fundamentava-se no argumento de que a imposição de naturalização do §6º do art.243 daquela lei ofendia o princípio da isonomia do *caput* do art.5º e ofendia a previsão do art.37, I pós-EC nº.19 da Constituição Federal.

O processo tramitou na 2ª Vara Federal de Santa Maria/RS, onde foi negada a pretensão do autor. Bricker então decidiu apelar para o TRF da 4ª Região, recurso este que foi distribuído para a 3ª Turma, cuja relatoria se deu pela Desembargadora Federal Vivian J. P. Caminha, que deliberou no sentido de manter a decisão de primeira instância. Desta decisão foi interposto Recurso Extraordinário (RE 346.180), distribuído para a 2ª Turma do STF, com relatoria do agravo regimental do Ministro Joaquim Barbosa.

É no Agravo Regimental deste RE 346.180 que encontramos a primeira manifestação sólida da jurisprudência sobre o caso dos estrangeiros ocupantes de empregos públicos pré-Constituição 1988, e nele se assentou o pensamento de que o §6º do art. 243 da Lei 8.112/90 não ofende nem o princípio da isonomia, nem a previsão em aberto do art.37, I CF pós-EC19, como se deduz do julgado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CARGO PÚBLICO EFETIVO. PROVIMENTO POR ESTRANGEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 243, § 6º, DA LEI 8.112/90 EM FACE DOS ARTIGOS 5º E 37, I, DA CONSTITUIÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À EMENDA 19/1998. IMPROCEDÊNCIA.

Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos **direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira**, consoante a redação primitiva do artigo 37, inciso I, da Lei Maior.

Portanto, o art. 243, § 6º, da Lei 8.112/90 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição. (STF, RE 346.180/RS-AgR, DOJ de 01/08/11)



Entendeu o Supremo Tribunal Federal que, apesar das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº.11 e nº.19, ainda deve prosperar o pensamento originário da Carta Maior até a promulgação de legislação infraconstitucional regulamentando, especialmente, as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº.19.

Existem duas curiosidades nesta decisão do STF.

A primeira curiosidade é o emprego do verbo “estava” ao ligar a previsão do §6º do art.243 da Lei 8.112 com a Constituição Federal. Não necessariamente o que existia no passado, permanece no presente. Mesmo a Lei 8.112 permanecendo em vigor, não necessariamente implica que o art.243 permanece em consonância com o texto constitucional.

Ora, a Emenda Constitucional nº.11, de forma expressa, introduziu na Constituição Federal o ingresso de estrangeiros nas carreiras de professores, técnicos e pesquisadores universitários. Em se tratando o nacional alemão de um técnico universitário, por qual motivo permaneceria a imposição de naturalização da lei infraconstitucional? O tal núcleo essencial da Constituição se manteve inalterado mesmo com as alterações das Emendas Constitucionais posteriores? Ou até mesmo com a alteração do contexto social e cultural deste mundo no século XXI a interpretação constitucional continuaria vinculada ao momento histórico de 1988?

A outra curiosidade é a aparente dificuldade do STF em conseguir enxergar os estrangeiros admitidos no serviço público federal antes da Constituição Federal de 1988 do mesmo modo que enxerga os nacionais. Do ponto de vista prático, tanto os empregados públicos brasileiros como estrangeiros passaram pelos mesmos processos de seleção para poderem ingressar nos empregos que ocupam, o que não necessariamente significa que ambos tenham realizado concurso público para tal.



3.4 O CASO CUELLAR

Um segundo caso emblemático surgiu na jurisprudência sobre a transição dos empregados públicos estrangeiros para o Regime Jurídico Único previsto Constituição Federal de 1988: trata-se do RE 350.626 e o Agravo Regimental do mesmo.

Neste caso, foi a vez do colombiano Jorge Orlando Cuéllar Noguera tentar pleitear sua inserção no Regime Jurídico Único instaurado pela Lei 8.112 de 1990, uma vez que exercia função de professor e pesquisador na Universidade Federal de Santa Maria/RS desde 1979.

Novamente, argumentou o autor que a previsão do §6º do art.243 da Lei 8.112 ofendia o princípio da isonomia consagrado no art.5º da Constituição Federal, bem como a redação do art.37, I da Constituição Federal pós-EC nº.19.

Desta vez, o Recurso Extraordinário foi distribuído para a Primeira Turma do STF e o posterior agravo regimental ficou sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, ao qual negou provimento, consolidando, assim, a posição estabelecida no julgamento do caso do RE 346.180:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CARGO PÚBLICO EFETIVO. OCUPAÇÃO POR ESTRANGEIRO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 243, § 6º, DA LEI Nº 8.112/90, EM FACE DOS ARTS. 5º E 37, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PERÍODO ANTERIOR À EC Nº 19/98. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O art. 243, § 6º, da Lei nº 8.112/90, no período anterior à vigência da EC nº 19/98, **estava em perfeita consonância com o art. 37, inciso I, da Constituição Federal**, uma vez que tal dispositivo constitucional não previa a ocupação de cargos públicos efetivos por estrangeiros.

2. Agravo regimental não provido (STF, RE350.626-AgR, DOJ 09/11/2012).

Diferentemente do que ocorreu no caso Bricker, o recorrente, no caso Cuellar, invocou somente a questão de que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº. 19 e da



alteração do art.37, I da CF, o dispositivo do §6º do art.243 da Lei 8.112 feria o princípio da isonomia³.

Neste ponto, foi acertada a decisão da Corte suprema, uma vez que, no regime anterior à Emenda Constitucional nº.19, não há que se falar em conflito entre a disposição infraconstitucional com a disposição originária do art.37, I da Constituição Federal.

O que torna o caso Cuellar interessante para nosso estudo é o fato de que a fundamentação da decisão em negar o provimento ao agravo é uma cópia pura e simples do fundamento do caso Bricker.

Em outras palavras, nem a situação de se tratar um professor/pesquisador alterou o entendimento da Corte Suprema. Pelo menos, houve a manutenção de um entendimento uniforme no que toca a questão da relação entre a legislação infraconstitucional e o princípio da isonomia, bem como se mantém a ideia de imutabilidade do tal “núcleo essencial dos direitos dos estrangeiros”, vide a fundamentação utilizada pelo então Ministro Joaquim Barbosa em ambos os julgamentos:

No entanto, até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia o direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira. Basta observar o primitivo inciso I do artigo 37, cujo teor contemplava apenas os brasileiros. Tratava-se de uma tutela mais severa da soberania estatal – fundamento da República (art. 1º, I) e contraponto mais do que relevante à vindicação de direitos por estrangeiros.(STF, RE350.626-AgR, DOJ 09/11/2012)

³ É o que se deduz da passagem da decisão do agravo Regimental, em sua página 4, que diz: “Sustenta o agravante, em síntese, que “reconhecer que o artigo 37, I da CF depende de regulamentação não tem qualquer influência sobre o objeto da demanda, já que o que se discute no presente caso é a inconstitucionalidade do artigo 243, § 6º do RJU em face do princípio da isonomia e quando ainda vigente a redação original do artigo 37, I da CF” (fl. 133)” (STF, RE350.626-AgR, DOJ 09/11/2012)



CONCLUSÃO

A primeira conclusão que se chega ao fim deste estudo é a de que o tratamento dos estrangeiros no Brasil é um tema vasto, complexo e pouco explorado, uma vez que a ligação especial entre o Brasil, Portugal e os Países de língua portuguesa oferece uma vasta gama de tratamentos diferenciados entre os estrangeiros das mais diversas nacionalidades, tornando difícil um conceito e tratamento uniforme para os estrangeiros no Brasil.

A segunda conclusão é a dificuldade do legislativo brasileiro em realizar a regulamentação de transições entre regras jurídicas, deixando muitas vezes a critério do judiciário e da interpretação principiológica como remédio para lidar com situações que surgem nesta penumbra legislativa.

Mas a principal conclusão que o presente estudo espera ter evidenciado é a de que, mesmo no século XXI, o Brasil ainda tem uma legislação de século XIX no que tange ao tratamento jurídico do estrangeiro do ponto de vista infraconstitucional. É clara a necessidade de uma urgente regulamentação do art.37, I da Constituição Federal de forma a não só inserir o estrangeiro na estrutura pública brasileira, mas também estabelecer limites desta inserção.

O mesmo se pode afirmar da jurisprudência do STF, uma vez que velhos dogmas envolvendo a ideia de soberania, segurança nacional e ordem pública ainda parecem favorecer visão dos julgadores quando diante de casos envolvendo estrangeiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Portal da Legislação: Leis Ordinárias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/L4131.htm>. Acesso: 29 mar. 2014.

_____. Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Portal da Legislação: Leis Ordinárias.



Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso: 29 mar. 2014.

_____. Decreto nº. 18.956, de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional público, aprovadas pela Sexta Conferência internacional americana. Portal da Câmara dos Deputados: Decretos. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso: 29 mar. 2014.

_____. Decreto nº.3.907, de 19 de setembro de 2001. Promulga o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000. Portal da Legislação: Decretos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3927.htm> Acesso: 15 abr. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Portal da Legislação: Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso: 29 mar. 2014.

_____. Emenda Constitucional Nº. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Portal da Legislação: Emendas Constitucionais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm> Acesso: 22 abr. 2015.

_____. Emenda Constitucional Nº.11, de 30 de abril de 1996. Permite a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras e concede autonomia às instituições de pesquisa científica e tecnológica. Portal da Legislação: Emendas Constitucionais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc11.htm> Acesso: 25 abr. 2015.

_____. Lei nº. 9.515, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e pelas instituições de pesquisa científica e tecnológica federais. Portal da Legislação: Leis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9515.htm> Acesso: 25 abr. 2015..

_____. Lei nº. 8.745, de 9 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Portal da Legislação: Leis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm> Acesso: 25 abr. 2015.

_____. Lei nº. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Portal da Legislação: Leis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso: 20 abr. 2014.



_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Portal da Legislação: Constituições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso: 20 abr. 2015.

_____. Lei nº. 1.711 de 28 de outubro de 1952. Portal da Legislação: Leis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1711impressao.htm> Acesso: 25 abr. 2015

BONAVIDES, P. **História constitucional do Brasil**. 9ª ed. Brasília: Editora OAB, 2008.

CAHALI, Y. S. **Estatuto do estrangeiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 512p.

CONJUR/MTE. Parecer nº. 189/2009. Processo nº. 46000.007680/2009-30 EMENTA: Visto em contrato de trabalho de estrangeiro. Investidura em cargo público municipal. Art. 37, I, da Constituição Federal. Norma constitucional de eficácia limitada. Ausência de autorização legal. Pela inviabilidade jurídica. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/211179>>. Acesso: 20 abr. 2015.

DEL'OLMO, F. de S. **Curso de direito internacional privado**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 369p.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 18º ed. São Paulo: Ed. Atlas.

DOLINGER, J. **Curso de direito internacional privado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOPES, Cristiane M. S. **Direito de Imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos**. Porto Alegre: Nubia Fabris Editora, 2009.

MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional público**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 1168p.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Ofício nº 252/2008-SRH. Brasília, 14 de outubro de 2008. Disponível em <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/.../file?Of%20252-2008.pdf>> Acesso: 25 abr. 2015.

_____. Ofício nº.39/1996. Brasília, 28 de agosto de 1996. Disponível em <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=5456>>. Acesso: 25 abr. 2015.

_____. Nota técnica nº. 225/2013. Brasília, 02 de agosto de 2013. Disponível em <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=9448>> Acesso: 25 abr. 2015.



MINUZZI, Débora. Acesso a cargos públicos por estrangeiro: uma comparação entre o posicionamento da corte constitucional da República Italiana e o do Supremo Tribunal Federal. In **Direitos fundamentais & Justiça**. Ano 6, Nº.20, jul./set. 2012. Disponível em <<http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF Livre/20 Coment Jurisp%201.pdf>>. Acesso: 25 abr. 2015.

REZEK, José F. **Direito internacional público**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Extradução 890 PT. Relator Celso de Mello. Data de Julgamento 05/08/2004. Tribunal Pleno. Publicado no Diário Oficial da Justiça 28/10/2004 PP-00037 Ement. vol - 02170-01 PP-00030 RTJ Vol.-00192-03 00808. Disponível online em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14804753/extradicao-ext-890-pt-stf>>. Acesso: 10 jun. 2014.

_____. RE 544.655-7 Agravo Regimental. Relator Eros Grau. Segunda Turma. Publicado no Diário Oficial da Justiça em 10.10.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso: 10 mar. 2015

_____. RE 346.180. Agravo Regimental. Relator Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Data do Julgamento 14/06/2011. Publicado no Diário Oficial da Justiça em 01/08/2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/28909868/pg-121-supremo-tribunal-federal-stf-de-01-08-2011>>. Acesso: 10 jun. 2014.

_____. RE 350.626. Agravo Regimental. Relator Dias Toffoli. Primeira Turma. Data do Julgamento: 16/10/2012. Publicado no Diário Oficial da Justiça em 09/11/2012 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3071118>> Acesso: 24 abr. 2015.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AMS:26323 MG 2006.38.00.026323-7. Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Sexta Turma. Data de Julgamento 31/03/2008. Data de Publicação 09/06/2008 E-DJF p.304. Disponível em <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/995485/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-26323-mg-20063800026323-7>> Acesso: 10 jun. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. REOMS: 200551010035055 RJ 2005.51.01.003505-5. Relatora Juíza convocada Geraldine Pinto vital de Castro. Quinta Turma. Data de Julgamento 29/03/2011. Data de Publicação: 05/04/2011. E-DJF2R - página 131-132. Disponível em <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20046833/remessa-ex-officio-em-mandado-de-seguranca-reoms-200551010035055-rj-20055101003505-5/inteiro-teor-104784846>>. Acesso: 10 jun. 2014.

* Submetido em 08 de junho de 2015 e aceito para publicação em 13 de agosto de 2015.