

## DIREITO DE ESTRANGEIRO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Sandra Pereira Cacciatore\*

**RESUMO:** Os princípios constitucionais são norteadores da própria Constituição Federal e de todo o ordenamento jurídico interno. Dentre os princípios constitucionais destaca-se o princípio da igualdade ou isonomia, que dispõe que todos serão iguais perante a lei, não havendo distinções. Assim, estende-se aos estrangeiros este princípio. Porém, existe, para o estrangeiro, lei específica a regular sua situação no País, bem como vedações aos seus direitos, vedações estas, ou limitações, determinadas no próprio texto constitucional e, em muitos casos, em legislação ordinária Federal, Estadual e Municipal. Desta forma, muito embora a constituição preveja o tratamento igual entre brasileiros e estrangeiros, a estes é vedado, por norma ordinária, o ingresso no serviço público, fazendo, por óbvio, uma discriminação ao direito do estrangeiro, disfarçado sob o manto da legalidade da “Lei Específica”, uma vez que existe brecha no dispositivo constitucional. Com isto, tentou-se evidenciar a necessidade de nova avaliação acerca dos princípios constitucionais e de sua aplicação e o respeito ao direito do estrangeiro, conforme preceitua o próprio preâmbulo de nossa Carta Magna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Direito; Estrangeiro; Princípios.

### THE RIGHT OF THE FOREIGNER AND THE INSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EQUALITY

**ABSTRACT:** Constitutional principles are the guidelines of the Brazilian Constitution and all internal juridical ordering. The principle of equality or isonomy is one of the main constitutional principles on the equality of all before the Law, with no exceptions whatsoever. The principle applies to foreigners too. Specific laws exist in the case of the foreigners that regulate staying in the country, prohibitions to some rights determined by the Constitution and frequently by ordinary Federal, State and Municipal law. Although the Law foresees equal treatment between Brazilians and foreigners, the latter may not be civil servants and thus discrimination exists under the guise of the legality of Specific Law, due to a gap in the Constitution. A new evaluation is required on constitutional principles and their application towards the foreigner as the Constitution states in its introduction.

**KEYWORDS:** Constitution; Foreigner; Law; Principles.

### INTRODUÇÃO

Diante das limitações encontradas pelos estrangeiros para acessarem a cargos públicos no País, verificou-se necessário analisar o Princípio Constitucional da Igualdade frente aos estrangeiros bem como as limitações impostas a estes, tanto constitucionalmente como através do Estatuto do Estrangeiro e Leis Infraconstitucionais.

Assim, o presente estudo tem como escopo evidenciar se o princípio da igualdade vem sido cumprido ou é meramente respeitado entre na-

cionais, e diversamente aplicado aos estrangeiros, principalmente aos residentes no País.

O tema abordado é de escassa bibliográfica, mas de suma importância, diante da visível restrição ao direito do estrangeiro, principalmente no tocante aos certames públicos onde, em sua quase totalidade, exclui a possibilidade de inscrição de um estrangeiro, ferindo assim o princípio da igualdade, não obstante o respeito às limitações constitucionais dos cargos exclusivos de brasileiros natos. Desta forma, busca-se a necessidade de elucidar as possibilidades e direitos do estrangeiro em nosso

\* Mestranda em Diritto dell'Unione Europea e delle Migrazioni pela Università Tor Vergata (ROMA); E-mail: adv.sandrapereira@gmail.com.

ordenamento pátrio.

Tendo por objetivo definir as limitações do direito do estrangeiro residente no Brasil, principalmente no tocante às possibilidades de ingresso em cargos públicos, traçando uma abordagem entre o princípio da igualdade ao Estatuto do Estrangeiro e suas aplicações hodiernas, trazendo à baila entendimentos doutrinários, legislação aplicável bem como jurisprudência correlata.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO DO ESTRANGEIRO

### 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Acerca dos princípios constitucionais, Canotilho (1999, p. 1.129–1.131) prevê tipos ou espécies de princípios, diferenciando-os em quatro princípios, os primeiros seriam os princípios jurídicos fundamentais, que são aqueles que são historicamente objetivados e paulatinamente incorporados na consciência jurídica, e foram recepcionados pelo texto constitucional de maneira expressa ou implícita; seguidos dos princípios políticos constitucionalmente conformadores que é a valoração do legislador constituinte; os princípios constitucionais impositivos, que subordinam todos os princípios a realização de fins e execução de tarefas, por todos os órgãos do Estado, e o último, considerado como os princípios garantias, que são aqueles que visam instituir direitos e garantias aos cidadãos.

Pode-se ainda trazer uma definição vocabular acerca de princípio como sendo:

Tendo em conta a ideia de sistema jurídico como ordem global e de subsistemas, como ordens parciais, podemos dizer que os princípios, enquanto normas, desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa. Aqui se entende

sistema como a totalidade do Direito Positivo, e subsistemas, como suas ramificações estrutural-normativas. (GESTA LEAL, 2000, p. 166)

O entendimento da importância dos princípios constitucionais é de grande valia quando da necessidade de comprovar um direito ou dever que está sendo violado, bem como de objetar a criação de leis contrárias aos objetivos e prerrogativas do Estado Democrático de Direito!

Para Cruz (2006, p. 11–12), os princípios não estão acima ou além do Direito e não há oposição entre os princípios e as regras, mas ele elucida que as normas se dividem em princípios e regras e, neste sentido, entende por princípios como sendo as “normas inscritas nos textos constitucionais destinados a estabelecer os valores fundamentais para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito”. Define ainda, o autor, que os princípios “são normas básicas de todo o sistema constitucional,” sendo os mesmos uma expressão dos valores fundamentais da sociedade criadora do Direito.

Nesta senda, colhe-se dos ensinamentos do ilustre Ministro e doutrinador Bandeira de Mello que define princípio e sua violação como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

[...] Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]. (1986, p. 230).

Os princípios têm cunho normativo porque são extraídos das normas por meio de um procedimento de generalização sucessiva (a sua judicialidade decorre, não dá razão ou direito natural, mas por terem sua gênese nas próprias leis, no próprio ordenamento jurídico) e também porque se destinam a resolver conflitos de interesses, não claramente delineados, é verdade, mas especificam a função das normas jurídicas. (DINIZ, 1995, p. 419)

Não se pode falar em princípios constitucionais sem citar o ilustre doutrinador Paulo Bonavides, que, em sua obra “Curso de Direito Constitucional” (2007, p. 289–290), assim se manifesta:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que está, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salda dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional [...] Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Segundo Barroso (2003, p. 30) “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização de direito fundamental desempenham um papel central”.

Elucida Rothenburg (2003, p. 14) que os princípios constitucionais são os princípios Gerais do Direito, dignamente formulados através de normas mais altas do ordenamento jurídico, sendo que sua localização não é irrelevante, seja em razão de sua superioridade formal ou de sua evidência.

Os mesmos podem ser caracterizados, por condicionarem a criação, interpretação e aplicação do Direito, sendo considerados gerais, bem como por condicionarem os demais princípios constitucionais por serem considerados primários e, ainda, porque condicionam os valores expressos no ordenamento jurídico através de sua dimensão axiológica. (CRUZ, 2006, p. 19)

Espíndola (2002, p. 79), por sua vez, explana que os princípios constitucionais fazem o equilíbrio e a essencialidade necessária a um sistema jurídico legítimo e se encontram no ápice da pirâmide normativa, sendo elevados ao grau de normas, sendo a pilastra mestre das regras de uma Constituição.

Assim, diante da elevada importância dos princípios constitucionais, e não podendo abordar a todos neste momento, o artigo restringe-se a evidenciar um dos princípios norteadores de nossa Constituição, o princípio da isonomia.

### 2.1.1 Do princípio da Igualdade ou Isonomia

Suscintamente, acerca da origem do princípio da igualdade, diga-se que o mesmo originou-se na Grécia, estando posteriormente na Revolução Francesa, abraçado como a igualdade formal, sendo esta outorgada por lei, uma vez que não bastava dizer que havia igualdade, esta deveria ser legislada, motivo pelo qual era necessário criar os alicerces para oportunizar que as pessoas fossem tratadas como iguais. (ALVES, 2013).

Tal ênfase é adotada no próprio Preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988 que dita:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte **para instituir um Estado democrá-**

**tico**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (grifo nosso)

Rothenburg (2003, p. 74), ao tratar sobre o preâmbulo constitucional, expõe que o mesmo não é elemento indispensável, mas exerce a função de apresentação do poder constituinte e ainda sua justificação e objetivos, sendo que desta forma, os princípios instalam-se no preâmbulo com plena força normativa.

Ainda, extraindo o princípio do texto constitucional, vemos que no caput do art. 5º, bem como nos seus incisos I e XIII, da Carta Magna, respectivamente, determinam:

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:

**I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;**

[...]

**XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelece.** (grifo nosso)

Para Tavares (2010, p. 596–597), embora haja diferenças entre os seres humanos, tal fator de tratamento jurídico diferenciado não pode chegar ao exagero, não se podendo pretender um tratamento próprio para cada pessoa, e em leitura ao texto

constitucional, certas características pessoais ou situações de fato não podem nunca serem usadas como critério para a desigualação. Continua o autor expondo:

Assim, a Constituição ao estabelecer que não pode haver preconceito de sexo, cor, raça, idade, origem, etc., não está, como poderia parecer à primeira vista, vedando qualquer discriminação com base nestes elementos.

Os elementos ou situações constitucionalmente arrolados (sexo, cor, etc.), na realidade, relacionam-se a ocorrências discriminatórias atentatórias de direitos fundamentais, muito comuns em determinadas épocas históricas [...] foram situações de injustiça que marcaram profundamente o espírito dos Homens, e que, por isso, o constituinte brasileiro pretendeu pôr a salvo os indivíduos para o futuro. (TAVARES, 2010, p. 597)

Portanto, verifica-se que o princípio da igualdade visa coibir discriminações absurdas e que possam criar atos, normas ou tratamentos desiguais entre as pessoas que se encontram em situações idênticas, devendo a autoridade pública aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária e, desta forma, impondo que não ocorra diferenciação em razão de sexo, religião, raça, classe social e outros. (MORAES, p. 67)

Posta assim a questão, verifica-se que o direito à igualdade é assegurado pela própria Constituição e deve ser aplicado em todos os três poderes, primando por tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Agrega este pensamento Espíndola (2002, p. 157) ao estudar o entendimento de José Souto Maior Borges, que existem princípios cuja importância se sobressai sobre outros princípios e outras normas constitucionais, indicando que o princípio da isonomia é o mais importante dentre os demais que regem o sistema de direitos e garantias fundamentais.

Informa ainda o autor que tal hierarquização de princípios foi admitida na Carta Magna de 1988 e que isto se torna visível na própria estruturação da mesma, que enumerou seus próprios princípios traçando uma hierarquia entre os princípios e entre estes e as normas e, como consequência, não os princípios poderiam ser objeto de reforma, ganhando status de rígidos.

Como se pode notar, o princípio da igualdade possui uma finalidade tríplice, direcionada ao legislador, a seu intérprete ou autoridade pública bem como ao particular, destacando principalmente, que ao intérprete ou autoridade este limite determina que não poderão ser aplicadas leis ou atos normativos a casos concretos e com isso criar ou aumentar desigualdades arbitrárias uma vez que quaisquer normais que criem diferenciações arbitrárias ou abusivas e sem finalidade lícita são incompatíveis com o texto constitucional. (MORAES, 2004, p. 67)

Sustenta Araújo e Nunes Júnior (2012, p. 162–165), que a Constituição ao instituir seus princípios, utilizou-se do princípio da igualdade como um de seus pilares, devendo, este, ser a preocupação precípua de todo legislador, posto que, com tal princípio, o constituinte tratou de proteger grupos específicos que mereciam tratamento diverso de modo a buscar uma igualdade e oportunidade entre os demais indivíduos, e a isto, denominou-se a discriminação positiva, o que determina que será constitucional haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas.

Bandeira de Mello (1999, p. 18) esclarece que por intermédio deste princípio a ordem jurídica pretende estabelecer a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas, de modo que, o sistema normativo impossibilita ou tenta ao máximo impossibilitar tais resultados.

Assim, formando um entendimento acerca do princípio da igualdade, temos:

[...] o princípio da igualdade é vazio, recebendo o conteúdo emanado dos diversos valores e harmonizando-lhes às compa-

rações intersubjetivas. A igualdade é o tema fundamental do constitucionalismo e penetra, como medida, proporção ou razoabilidade, em todos os valores e princípios, dando-lhes a unidade. Participa, portanto, das ideias de justiça, segurança e liberdade, sendo que, no concernente a esta última, aparece tanto na liberdade negativa, quanto na liberdade positiva, como condição da liberdade, a assegurar a todos a igualdade de chance (= liberdade para ou real). Na mais importante das formulações da igualdade do direito hodierno, John Rawls coloca-se na mesma equação com a liberdade, a justiça e a segurança, expressa nos seguintes princípios: Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual à mais ampla liberdade básica compatível com a liberdade similar dos outros; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser combinadas de forma que ambas (a) correspondam à expectativa razoável de que trarão vantagens para todos e (b) que sejam ligadas a posições e órgãos abertos a todos. (TORRES, 1995, p. 266–267)

Desta forma, para encerrar o tópico acerca deste princípio, não se poderiam olvidar as palavras do Nobre Ruy Barbosa, citadas por Bulos (2009, p. 420):

[...]a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura.

Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem.

José Afonso da Silva (2004, p. 210) entretanto, declara que o princípio da igualdade não tem tido tantas discussões como o princípio da liberdade já que a isonomia constituiu o símbolo fundamental da democracia e assim, não admite privilégios e distinções que são permitidos em um Estado Liberal.

Contudo, veremos que tal assertiva deveria ser revista.

## 2.2 DO DIREITO DO ESTRANGEIRO

A palavra *estrangeiro* deriva do latim *extraneus*, que significa: de fora. Assim, o estrangeiro é considerado aquele de fora de determinado território. E, com a evolução dos Estados e de suas legislações, concedeu-se aos estrangeiros a participação em suas sociedades, havendo desenvolvimento substancial nas Américas, principalmente em decorrência do recebimento de pessoas de todos os continentes. (MALHEIRO, 2012, p. 74)

Traçamos então um breve resumo acerca da evolução do direito do estrangeiro, sendo que, na antiguidade, o mesmo era inexistente, significando que os “estrangeiros” eram considerados bárbaros e hostis. Posteriormente, com a evolução, foram outorgados somente um direito, que era de passagem nas cidades gregas e romanas, e isto por fins de interesse econômico, sendo, na sequência, concedido aos estrangeiros direitos equiparados ao cidadão grego, desde que na Grécia residisse. Já o Direito Romano evoluiu para o *jus gentium*, que era o direito concedido ao estrangeiro, sempre limitado e desigual ao cidadão romano, prevalecendo, para este, sempre, o *jus sanguinis*. É a partir do século XIII que se inicia o maior aprofundamento acerca da relação entre os direitos dos nacionais e dos estrangeiros, criando-se várias escolas que estudavam e se dedicavam a estes direitos. Por fim, chegou-se aos direitos conhecidos hodiernamente, idealizados individualmente por cada país (AMORIM, 2011, p. 55–57).

Lima (2009, p. 204) informa que a condição jurídica do estrangeiro diz respeito à conduta que

ele deve ter no Estado em que se encontrar, e deve conduzir-se em consonância com o ordenamento jurídico deste Estado gozando das mesmas garantias individuais dos nacionais.

Dita o art. 1º do Estatuto do Estrangeiro: “Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais” (BRASIL, 1980).

Neste sentido, importante destacar ainda o disposto no art. VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (BRASIL, 2013).

O tratamento jurídico do estrangeiro resulta de fatores políticos, econômicos e culturais. Durante longo período da história predominou a discriminação contra o estrangeiro, perceptível na elaboração de regras jurídicas que os distinguiam dos nacionais.

[...]

O seu estatuto jurídico deve, por isso, sob determinados aspectos, assemelhar-se ao estabelecido para os cidadãos nacionais, principalmente em matéria de segurança pessoal e acesso à propriedade. Isto não quer dizer equiparação absoluta de direitos, o que significaria eliminar a especificidade que o caracteriza, decorrente da nacionalidade e da ligação com o Estado de origem. (AMARAL JÚNIOR, 2012, p. 381)

Segundo Amorim (2011, p. 6), os direitos adquiridos no direito internacional privado são aqueles aos quais o estrangeiro e o nacional farão jus após o preenchimento dos requisitos determinados em lei e desde que o estrangeiro não fira ou ofenda a ordem pública interna e a soberania nacional.

Tendo em vista o art., 5º da CF, já citado,

verifica-se que o estrangeiro, que entre de modo regular no Brasil, iguala-se ao brasileiro para quase todos os efeitos.

Neste sentido, o artigo 3º do Código Civil também elucida que: “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiro quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis.”

Importante salientar ainda os preceitos insertos no art. 95 do Estatuto do Estrangeiro Lei nº 6.815/1980 que dispõe: “O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.”

Bem como, no mesmo sentido, colhe-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, 2013), em seu art. II:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Amorim e Oliveira Júnior (2011, p. 60) elucida que o Instituto de Direito Internacional, com reunião em Genebra em 1874, se manifestou de forma favorável para o reconhecimento dos direitos civis aos estrangeiros, mesmo sem tratado que imponha tal entendimento, sendo este o tratamento contido na legislação brasileira.

Desta forma, verifica-se que existem várias decorrências da nacionalidade dos seres humanos, principalmente no que concerne a seus direitos e deveres, sendo que a Constituição federal do Brasil prevê o direito igualitário entre nacionais e estrangeiros, porém, desta máxima, não se pode aduzir que por todos serem iguais perante a lei terão os mesmos direitos derivados desta, uma vez que a própria Carta Magna, estabelece diferenças entre brasileiros natos e naturalizados e limitações ao direito do estrangeiro. (MALHEIRO, 2012, p. 86)

Diante de tais determinações, verifica-se

que o direito do estrangeiro é reconhecido não somente em nossa Constituição, bem como em tais infraconstitucionais e tratados do qual o País é signatário e qualquer vedação a este direito pode ser declarada inconstitucional, salvo, é claro, as previstas no próprio texto constitucional, tais como os artigos 12, 17 bem como o *caput* do art. 222 e seus parágrafos.

Ainda, quanto às restrições ao direito do estrangeiro, os mesmos estão inseridos no próprio Estatuto do Estrangeiro, declarando taxativamente as vedações aos direitos dos mesmos, conforme se cita no art. 106 deste:

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.

Valendo-se da legislação verificada anteriormente e analisando-as à luz dos demais artigos da Constituição, percebe-se que, de modo geral, brasileiros e estrangeiros gozam dos mesmos direitos e que quaisquer restrições a estes direitos somente ocorrem quando autorizadas pelo texto constitucional.

O Brasil sempre foi receptivo à admissão do estrangeiro em seu território e eventuais restrições aos estrangeiros serão estabelecidas pela União, que é o ente que possui competência para legislar sobre o assunto conforme prevê a Constituição Brasileira. (MALHEIRO, 2012, p. 75/76).

Neste sentido, temos o seguinte entendimento:

[...] **o estrangeiro com visto permanente tem direito** à vida à segurança, à liberdade, à **igualdade**, à propriedade, **res-salvadas, no entanto, as proi-bições contidas no art. 106 e seus incisos e parágrafos do Estatuto do Estrangeiro res-pectivo**, mais precisamente Lei n. 6.815/80, atualizada por sua similar n. 6.964/81, bem assim pela Lei n. 5.709/71[...] (AMO-RIM; OLIVEIRA JÚNIOR, 2011, p. 68, grifo nosso)

### 2.3 A APLICAÇÃO OU INAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE AO ESTRANGEIRO

Por fim, a abordagem será acerca da aplicação do princípio da igualdade ou da ausência deste para o estrangeiro, focada no tocante à possibilidade de aquele concorrer a um cargo público.

Segundo Malheiro (2012, p. 59) é possível a aplicação da lei estrangeira no Brasil, desde que feita a correta adequação entre a norma abstrata e o caso concreto, bem como, salientando que a lei é a fonte primária do direito, não havendo distinção entre a lei nacional e a estrangeira.

Verificou-se nos tópicos anteriores que ao

estrangeiro é dado o direito à igualdade, direitos de trabalhos, sendo sua limitação imposta pela Carta Magna.

Contudo, afirma Araújo e Nunes Júnior (2012, p. 163) que “A constatação da existência de discriminações, por conseguinte, não é suficiente para a definição de desrespeito ou ofensa ao princípio da isonomia [...]”.

Ao abordar o tema Rothenburg (2003, p. 30) expõe:

[...] Os princípios são manancial inesgotável, fonte permanente de outras normas, em sua “ine-xaurível virtualidade” [...]. Para tanto, é preciso dizer que as normas jurídicas jamais esgotam os princípios; que elas somente conseguem expressá-los de maneira incompleta. De outra banda, cada vez que uma regra qualquer é interpretada/aplicada, ela o deve ser em absoluta conformidade com os princípios. Nenhum aspecto da regra deve escapar aos princípios, e ela deve por todos os ângulos basear-se nos princípios.

Amaral Júnior, em sua obra “Curso de Direito Internacional Público” (2012, p. 384), traz à baila que, apesar do texto constitucional afirmar que todos são iguais perante a lei e assegurar a todos o gozo dos direitos sociais sem restrição, expõe também que os direitos políticos são de exclusividade de brasileiros e alega, ainda, que não podem os estrangeiros ser servidores públicos, usando como base o art. 14, §§ 1º e 2º, da CF.

Entretanto, o texto legal citado não faz nenhuma menção à impossibilidade do estrangeiro em ser servidor público, mas tão somente como eleitores e eleitos, vedando a participação do estrangeiro na carreira política e a interferência na mesma através do voto.

Desta forma, resta evidente que em um certame para preenchimento de vaga para cargo específico, salvo os cargos restritivos de brasileiros natos, todos os brasileiros e estrangeiros que preencherem os requisitos do cargo, são habilitados



a inscrever-se, segundo dita o art. 5º da Constituição Federal, e qualquer edital que tenha previsão contrária, fere, diretamente as determinações de nossa lei maior.

Contudo, em análise ao Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112/90), verifica-se a dissonância acerca desta possibilidade, uma vez que impõe, em seu art. 5º, inciso I: “São requisitos básicos para investidura em cargo público: I – a nacionalidade brasileira; [...]”.

O mesmo artigo supracitado define ainda em seu § 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.”

O texto constitucional aduz ainda em seus artigos 37, inciso I, e 207, respectivamente:

CF 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; (grifo nosso)

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

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

Desta forma, vemos que a CF possibilita o acesso ao emprego público a um cidadão estrangeiro, tratando-o, dentro do princípio da igualdade, como cidadão nacional.

Entretanto, o disposto no art. 37 da CF prevê

que para tais cargos, os requisitos serão estabelecidos em lei específica, e por este enunciado, nos deparamos com a ilegalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 8.112/90, do servidor público, que exclui o estrangeiro da possibilidade de trabalhar no serviço público, fato este que passamos a elucidar agora.

Segundo renomado Hely Lopes Meirelles (2012, p. 374), “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

Elucida ainda o doutrinador que a regulamentação e controle do serviço público cabem ao Poder Público, visando sempre o interesse coletivo; é um poder discricionário da Administração, sendo que o Estado deve sempre ter como objetivo que o serviço é para o público, sendo este o seu fim. Sendo que os requisitos para ser servidor público são delimitados pelo princípio da permanência, que impõe a continuidade do serviço, bem assim o da generalidade, que determina serviço igual para todos; e ainda o da eficiência, que exige atualização do serviço e da modicidade que exige tarifas razoáveis; e, por fim, o da cortesia, que é o bom tratamento para com o público. (2012, p. 381)

Veja-se que o texto constitucional do art. 37 aborda que poderão ser servidores públicos brasileiros e estrangeiros na forma da Lei, ou seja, a mesma deveria trazer os critérios para o certame e não a exclusão do estrangeiro como ocorre.

Para Harger (2008, p. 84–85), o Estado de Direito possui como conteúdo mínimo a soberania popular, tripartição de poderes, supremacia da Constituição, submissão do poder público às leis e respeito aos direitos e garantias fundamentais, in forma ainda, que o princípio do Estado de Direito é a própria razão em si.

Por tal comentário, vislumbra-se que a Lei do servidor público e a exclusão do estrangeiro à possibilidade do certame ferem não só o texto Constitucional como também os princípios norteadores do Direito Administrativo.

Espíndola (2002, p. 218), ao abordar sobre a inconstitucionalidade, cita Canotilho, que afirma que a inconstitucionalidade é a violação do disposto no texto constitucional e dos princípios que são geradores desta, não apenas a violação das normas-disposições, mas também a violação dos princípios constitucionais.

Em artigo do professor Dr. Luiz Antônio Soares Hentz (2013), intitulado O Princípio da Igualdade e o Estrangeiro no Brasil, o mesmo discorre acerca da limitação do estrangeiro no Brasil, trazendo à baila tópicos citados no corpo deste trabalho e salientando que, seria ilegal exigir a obrigação de naturalização ao estrangeiro para que o mesmo possa exercer seus direitos no País e ser tratado como igual, esclarecendo ainda:

Não seria demais dizer que outros princípios decorrentes do regime democrático e do sistema de tratamento recíproco nas relações internacionais envolvendo o Brasil e o País de origem do cidadão estrangeiro, expressos em tratados e convenções – de valor constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da CF/88 – –, normalmente impõem o tratamento igualitário entre cidadãos nacionais e estrangeiros.

E, para concluir, cita-se decisão do Supremo Tribunal Federal, relatada pelo Ministro CELIO BORJA (no Ag. 110.846 (AgRg)–PR; RTJ 119/465), segundo a qual, em síntese, “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional” (publicada na RTJ 119/465).

Porém, verificamos que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir casos em que o estrangeiro, apto a participar de um concurso público, se vê obstado ao mesmo, diante de sua nacionalidade, demonstra que seu interesse não é de respeito ao princípio da igualdade, conforme se colhe de julgados, *in verbis*:

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. (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 350.626 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA. DJe 09/11/2012) DO CORPO DO ACÓRDÃO

Naturalmente, os direitos e garantias individuais, inclusive o princípio da igualdade, aplicam-se aos estrangeiros, nos termos do artigo 5º da Lei Maior, desde sua primitiva redação.

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.

Ademais, essa opção, porque emanada do Constituinte originário, sequer poderia sofrer o controle do Poder Judiciário, porquanto inexistente, em nosso ordenamento, o fenômeno da ‘norma constitucional inconstitucional’ (cf. ADI 815, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 10.05.1996).

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.”

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Concurso público. Estrangeiro. Naturalização. Art. 12, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal. Posse em cargo público efetivo. Possibilidade. Portaria do Ministro da Justiça que reconhece a naturalização. Expediente de natureza meramente formal com efeitos retroativos à data do requerimento da naturalização. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 697.154 AMAZONAS. RELATOR: MIN. GILMAR MENDES 30/10/2012 SEGUNDA TURMA. DJe 21/11/2012)

O reconhecimento dos princípios afasta a pretensão de vê-los somente como mera sugestão e impede que os mesmos se tornem inócuos, servindo como parâmetro à constitucionalidade da norma, devendo este ser utilizado ainda na composição de soluções de compromisso democrático. (ROTHENBURG, 2003, p. 81)

Segundo Tavares (2010, 597) para que haja efetividade no princípio da igualdade, é necessário haver uma correlação lógica entre o traço diferencial escolhido como ponto de desigualação e a desigualdade do tratamento em função deste traço, não se podendo tratar diversamente em função de qualquer diferença observada, e desta forma, o princípio da isonomia proíbe arbitrariedades!

Continua ainda o autor afirmando que a igualdade e a desigualdade são ambas direitos, porém, a igualdade é um direito fundamental, enquanto a desigualdade deve ser tratada na esfera de direitos adquiridos. (2010, p. 601)

Assim, a imposição legal de que para cargo de servidor público é necessário ser brasileiro nato ou naturalizado, é exigir, desta forma, que o estrangeiro que queira participar de um concurso público opte pela cidadania brasileira, ferindo, por certo, o

princípio da isonomia e, ainda, o princípio da liberdade!

Nota-se, que os serviços públicos, dentro de seus princípios, podem perfeitamente serem feitos por cidadão estrangeiro, desde que tenha competência para o cargo almejado.

Harger (2008, p. 114) ao tratar do princípio da igualdade adverte que “A igualdade, por sua vez, postula equiparação de situações equivalentes. Não impede a discriminação, mas sim, a inexistência de correlação lógica entre o fator de desequiparação e a diversidade do regime jurídico.”

Sendo que tal princípio também se aplica ao processo administrativo, verifica-se que a exigência da nacionalidade, para os casos não previstos constitucionalmente, encontra-se eivado de irregularidades, muito embora, aceito pela Suprema Corte.

Dito isto, é evidente que o princípio da isonomia não está sendo aplicado de forma adequada em nosso ordenamento, principalmente no tocante aos direitos do estrangeiro em nosso território. Basta, enfim, analisarmos o texto constitucional, o Estatuto do Estrangeiro, as Declarações do Direito dos Homens, para vermos, em todas as legislações citadas, que o direito à igualdade de direitos encontra-se prevista e pacífica e qualquer atuação diversa desta é afronta direta ao direito do estrangeiro.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que o conceito da igualdade, no tocante ao direito do estrangeiro, fica limitado ao texto redacional, não sendo efetivamente aplicado.

Nota-se que o princípio da igualdade rege, desde os direitos previstos na Constituição, como até as demais leis ordinárias, dentre elas o Código Civil, o Direito Administrativo e outros.

O princípio da isonomia é alicerce que embasa os demais princípios, não podendo a lei feri-lo, ou, se feito, ser aceito pelas cortes de Justiça.

Nosso ordenamento possui como base os princípios que o norteiam; e, para tanto, na ausên-

cia de previsão legal ou até mesmo para reforçar o entendimento, os mesmos são sempre elencados e discutidos.

Adverte-se que o estrangeiro que se encontra regular no País e que aqui exerce residência possui direitos e deveres decorrentes de previsão legal; e, dentre os mais importantes direitos, um é aquele de ser tratado como igual a um cidadão nacional.

Ocorre que a Lei do Servidor Público exige que, para acessar ao cargo, somente serão aptos os brasileiros natos ou naturalizados, proibindo, assim, a participação do estrangeiro no certame.

A Legislação é clara ao dizer que os estrangeiros terão os mesmos direitos dos brasileiros, com exceção das previsões constitucionais e legais, dispostas na CF e no Estatuto do Estrangeiro.

Em legislação inferior, proibir a participação do estrangeiro é afrontar a Carta Magna diretamente, sendo que as distinções já se encontravam previstas na mesma.

Verifica-se, entretanto, que, pelas decisões do Supremo, a discriminação do estrangeiro está maquiada diante da ausência de legislação específica, o que não pode ser aceito e que é, infelizmente, a decisão unânime daquela corte.

Dizer que o ato administrativo que adota esta lei encontra-se juridicamente correto é fechar os olhos para a injustiça, é não ver prosperar os princípios norteadores de nosso direito!

A Constituição Federal elencou que tanto brasileiros como estrangeiros poderão ter cargos públicos na forma da lei; isso não indica a exclusão dos mesmos, mas a limitação a cargos específicos.

Vários autores demonstram que o princípio da isonomia pode trazer desigualdades, o que não indica discriminação, como a que vem sendo praticada em face do estrangeiro.

Aceitar o que vem sendo decidido, negar o texto constitucional, é coadunar com a injustiça.

## REFERÊNCIAS

ALVES, E. C. **Princípios e garantias constitucionais do processo**. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. BDJur/STJ em 28.05.2003. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 nov. 2013.

AMARAL JÚNIOR, A. do. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AMORIM, E. C. de; OLIVEIRA JÚNIOR, V. P. A. **Direito internacional privado**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BANDEIRA de MELLO, C. A. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BANDEIRA de MELLO, C. A. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROSO, L. R. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. **Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm)>. Acesso em: 01 set. 2013.

BRASIL. 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**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 01 set. 2013.

- BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III). Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 15 set. 2013.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- CRUZ, P. M.; GOMES, R. Z. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2007.
- DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GESTA LEAL, R. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- HARGER, M. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HENTZ, L. A. S. **O princípio da igualdade e o estrangeiro no Brasil**. Academus. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/luizhentz/oprincipio.htm>>. Acesso em: 01 set. 2013
- MALHEIRO, E. **Manual de direito internacional privado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- ROTHENBURG, W. C. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TORRES, R. L. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

*Recebido em: 10 de março de 2014*

*Aceito em: 05 de maio de 2014*