

## DO PROVIMENTO POR ESTRANGEIRO DE EMPREGO INTEGRANTE DE QUADRO DE PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO

SYLVIO LORETO\*

A distinção que alguns pretendem estabelecer, entre cargo e emprego no Serviço Público, não corresponde ao sentido jurídico aceito pela doutrina, nem pela tradição do direito brasileiro.

Para uma compreensão mais rigorosa do problema, impõe-se algumas considerações iniciais acerca de cargo e emprego no serviço público.

O emprego é tutelado pela legislação trabalhista, enquanto o cargo, pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Este é provido por nomeação, aquele mediante contrato.

Do ponto de vista da administração pública, do Governo, que diferença pode haver entre *emprego* — previsto em um quadro, com definição de número e função, recebendo proventos do poder público, cuja disponibilidade tem de constar de orçamento público, e seu ocupante desempenha função própria da administração pública — e *cargo*, com as mesmas características acima apontadas?

Esta a razão pela qual os insignes juristas pátrios, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, definiram funcionário público, dentro de uma perspectiva abrangente, sem casuísticas e minudências irrelevantes, da forma seguinte:

“Funcionário público é todo aquele que, de modo regular e permanente, ocupa sua atividade, colaborando na gestão de um serviço público; está, por isso, compreendido nos quadros permanentes da administração pública, recebendo estipêndio ou retribuição, que figura no orçamento da despesa pública.”

\* Professor da Universidade Federal de Pernambuco.

Nesta ordem de raciocínio, impõe-se entender que quando o art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil se refere a *cargo público* não está-se restringindo, exclusivamente, àqueles definidos no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, mais sim a todas aquelas funções de natureza permanente, previstas em quadro, que se destinam a serviço do Governo, e por ele pago.

É este o entendimento do jurista e internacionalista Augustinho Fernandes Dias da Silva, ao se reportar ao assunto.

“A expressão cargos públicos (art. 97 da Constituição do Brasil) é interpretada em sentido amplo, abrangendo funções públicas em geral, inclusive na administração pública descentralizada, na direção de órgãos sindicais, e profissões oficializadas, como leiloeiros, despachante aduaneiro, tradutor público, etc.” E adiante acrescenta que “a omissão dos estrangeiros significa, aí (no texto constitucional referido), sua exclusão”.<sup>1</sup>

Merecem atenção os comentários do renomado jurista, um dos pensadores mais fecundos no campo do direito, Pontes de Miranda, acerca do precitado art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Não é, pois, na estrutura da relação jurídica que se há de buscar a sua caracterização. É na sua *natureza*. Nunca é demais lembrar-se que já se está no domínio ao direito público e que toda lembrança do direito comum é perturbadora.”

Mais adiante, após estudar a posição do Estado e da pessoa, como servidor, quanto à posição jurídica de cada um, e, ainda, quanto ao vínculo que se estabelece entre ambos, ao tratar especificamente da teoria contratualista, assim se expressa:

“Trata-se de relação jurídica (*portanto, bilateral*), mas institucional, o que repele a noção de pura contratualidade. Uma das conseqüências é *a de não se considerar funcionário público o empregado contratado, se bem que o seja o empregado que exercer, inteiramente, ou em comissão, cargo de administração pública, desde que esse cargo pertença ao quadro dito dos funcionários públicos*. Não há nada institucional na relação jurídica entre o empre-

<sup>1</sup> Dias da Silva, Augustinho Fernandes. *Introdução ao direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1975. p. 114.

gado contratado e o Estado, de modo que possa criar a relação jurídica específica, que é a existente entre o funcionário público e o Estado. A despeito da temporariedade da comissão, de que falamos, *é funcionário público*, porquanto prevalece o elemento institucional na relação jurídica entre ele e o Estado.”<sup>2</sup>

Merece um destaque particular o conceito jurídico da expressão “cargos públicos”.

O mestre Luiz Delgado, tratando do regime jurídico, de quem trabalha para o Estado e autarquias, afirma: “... a Constituição indica as bases do regime jurídico do funcionário, a ser instituído através de legislação ordinária complementar. Essa legislação ordinária vem consagrando entre nós, desde alguns decênios, o sistema estatutário para configurar as relações entre o poder público e seus funcionários”.<sup>3</sup>

O Estado, no desempenho de sua missão, o faz através de pessoas, seus agentes, os quais eram chamados tradicionalmente funcionários públicos. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União fixou, de forma específica e rigorosa, o conceito de funcionário público. O Estado, entretanto, tem mantido a seu serviço pessoas, cuja relação empregatícia não se enquadrava neste conceito. Em decorrência disto, vieram-se generalizando novas formas de denominação, tendo-se generalizado a expressão *servidor público*.

O funcionário público é o que ocupa cargo público, e é tutelado pelo regime estatutário. O servidor público, expressão mais genérica, tem sua relação de trabalho disciplinada por este, e por outras formas, abrangendo situações, até, como a do extranumerário, que existiu em certa época, as trabalhistas, etc.

Comentando este assunto, Pinto Pessoa Sobrinho, em comentário ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, se expressa:

“Mas, além dos funcionários, existia nas repartições públicas, prestando serviço lado a lado com estes, outras categorias de servidores públicos: os extranumerários. Eles não ocupavam cargos públicos criados por lei, mas exerciam funções de toda natureza, desde as mais complexas e de maiores

<sup>2</sup> Pontes de Miranda. Comentários à Constituição de 1967. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, p. 430-1, 1970.

<sup>3</sup> Delgado, Luiz. *Compêndio elementar de direito administrativo*. Recife, Universitária, 1970. p. 80.

responsabilidades — como professor, assistente jurídico, técnicos, tesoureiro, etc., até as mais simples e de nenhuma responsabilidade, braçal ou serviçal.”<sup>4</sup>

É fundamental a distinção entre a prestação de serviço temporário, circunstancial, e o de natureza permanente.

A relação de emprego, do técnico ou trabalhador, de qualquer natureza, temporário, atualmente em nosso direito tem sido tutelada pela legislação trabalhista.

No direito brasileiro e no direito comparado, não tem sido posta dúvida sobre a faculdade de estrangeiro residente desempenhar tarefas, em tal circunstância — temporalidade —, vinculadas ao serviço público.

Trabalhar como integrante do pessoal permanente do governo, como parte de seu quadro de pessoal, não tem sido facultado ao estrangeiro, mesmo residente.

A seção VIII, do título I, da Constituição da República Federativa do Brasil, intitulada “Dos funcionários públicos”, exige um entendimento, de acordo com o significado político-jurídico nele contido.

Quando o art. 97 estabelece que “os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros”, não pode ser interpretado que o presente texto refere-se, exclusivamente, aos tutelados pelo regime *estatutário*.

A referida seção VII tem um sentido mais amplo. Refere-se sem dúvida alguma à *função pública* em sentido genérico, isto é, aquela exercida em qualquer órgão da administração pública, direta ou indireta.

Esclarece bem, e com precisão, o que acaba de ser afirmado, quando se leva em conta o que dispõe o art. 110, da Constituição. Senão, vejamos:

“Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante juízes federais, devendo ser interpostos recursos, se couberem, para o Tribunal Federal de Recursos.”

Ora, “os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores” são da competência da Justiça do Trabalho, conforme dispõe o art. 142 da Constituição do Brasil. Está evidente que a Constituição, atribuindo competência à Justiça Federal, para conhecer dos litígios entre servidores e a

<sup>4</sup> Pessoa Sobrinho, Eduardo Pinto. *Manual dos Servidores do Estado*. Comentários ao art. 2.º. 12. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1968. p. 12.

União, mesmo as de natureza trabalhista, atribui a estas relações natureza toda peculiar, de todo assemelhada à estatutária.

É tradição do direito brasileiro, o reconhecimento e respeito à pessoa jurídica do estrangeiro. Este princípio genérico tem tido exceções. Através do evoluir histórico, algumas sempre estiveram presente. Sempre houve restrições quanto à participação do estrangeiro no serviço público.

A Constituição Imperial, promulgada em 24 de maio de 1824, segundo as palavras do eminente internacionalista brasileiro Rodrigo Otávio, “não consagrou disposição alguma que criasse, em relação ao gozo de direitos civis, distinção entre nacionais e estrangeiros”.<sup>5</sup>

No que concerne aos direitos políticos nenhuma concessão foi feita, uma vez que só podiam ser considerados sujeito dos mesmos cidadãos brasileiros. Quanto aos direitos civis, pelo visto, não havia distinções fundamentais. Houve, contudo, alguns dispositivos de lei, estabelecendo restrições ao pleno gozo desses direitos.

As poucas restrições eram inspiradas em considerações de ordem pública superior. Assim, os *estrangeiros não podiam ser diretores de colégio e de casa de educação*, a não ser com licença do Governo; não podiam exercer advocacia, mesmo em causa própria, por ser considerado um *Munus publicum*. Antes da Lei nº 2 033, de 1871, não podiam requerer *habeas corpus*, mesmo para si. Não podiam ter parte em embarcação brasileira; não podiam ser tutor, salvo em tutela dativa; nem serem leiloeiros; nem corretores; era exigido o passaporte para entrar no Império, e nele permanecer; podiam ser expulsos. Finalmente, os estrangeiros não *podiam exercer cargos públicos*, conforme veio a estabelecer o Aviso nº 134, de 3.6.1853, do Ministro da Fazenda. Preceito que veio a ser reiterado pela “Decisão do Governo” nº 134, de 11.3.1878.<sup>6</sup>

O espírito liberal que prevaleceu em nossa pátria, quanto ao tratamento dado aos estrangeiros, no período colonial e imperial, consolidou-se definitivamente no período da Primeira República.

A Constituição de 1891 preceituava em seu art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:”

<sup>5</sup> Otávio, Rodrigo. *Direito do estrangeiro no Brasil*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1909. p. 134.

<sup>6</sup> Carvalho, Dardeau de. *Situação jurídica do estrangeiro no Brasil*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1976. p. 180.

A seguir enumerava 31 parágrafos consubstanciando tais direitos. Evidência, sem contestação, o espírito liberal referido anteriormente, o que não impedia restrições para com os estrangeiros.

Firmando posição idêntica a seus antecessores, João Barbalho, o primeiro constitucionalista da República, ao se referir ao direito dos estrangeiros em território nacional (art. 72, §§ 8º, 9º, 12, 28 e 29, da Constituição de 1891), assim se expressou:

“... Os estrangeiros, na qualidade de hóspedes, nada têm a ver com o governo da casa; se esta não lhes agrada, ou procurem outro país que entendam ser melhor governado, ou calem-se e não se intrometam nem procurem influir na direção do que não lhes toca. Merecem bom agasalho, se bem procedem; mas sua intrusão em negócios públicos, além de ser invasão no domínio das prerrogativas próprias e privativas do cidadão do país, pode vir em certos casos a criar dificuldades ao governo nacional”.<sup>7</sup>

As Constituições que se seguiram foram estabelecendo restrições. As alterações verificadas foram paulatinas, refletindo o clima político-jurídico, vivido no mundo, naquele momento.

Na verdade, embora gradual, as Constituições de 1934 e 1937 introduziram mudanças profundas no liberalismo de 1891, no princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros. Excluíram os estrangeiros de muitos direitos, inclusive de ordem privada.

O internacionalista já citado, Dardeau de Carvalho, chega a afirmar “que sob esse aspecto, eram verdadeiramente discriminatórios”. Chegando por vezes, nesse período, ao exagero. É forçoso convir que já não havia clima nem condições para o liberalismo romântico, inaugurado na Primeira República. Era o início de nova fase.

Seguindo as diretrizes constitucionais, a legislação ordinária complementou, com sucessivas restrições.

O Decreto-lei nº 383, de 18.4.1938, adiante referido, vedou os estrangeiros de “imiscuir-se, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do País”.

O Decreto-lei nº 1 202, de 8.4.1939, dispondo sobre administração dos estados e municípios, reproduziu em termos precisos toda a tradição do direito brasileiro, com referência à situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Seu art. 40 estabelecia que só os brasileiros natos ou naturalizados poderão exercer funções ou cargos públicos, ou emprego dos estados e municípios,

<sup>7</sup> Barbalho, J. *Comentários à Constituição*. Apud Valladão, Haroldo. *Pareceres*. Rio de Janeiro, N. Coelho Branco, 1949. p. 261.

ou de entidades por eles criadas ou mantidas, ou por cuja manutenção sejam responsáveis.

Para salvaguardar situações definidas antes do decreto, isto é, de estrangeiros que estivessem exercendo cargos públicos, ou ocupando funções públicas, ou com vínculo empregatício com alguma daquelas entidades, o § 2º do artigo citado mandava que quem tivesse em tal situação encaminhasse, até o dia 10.8.1939, ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, por intermédio da repartição onde tinham exercício, os seus requerimentos de naturalização, sob pena de ficarem rescindidos os instrumentos de contrato e revogados os atos de nomeação.

O § 1º ao art. 40, já referido, estabelece em que circunstâncias podem ser admitidos estrangeiros ao serviço público:

“§ 1º É lícito contratar os serviços de cientistas e técnicos estrangeiros, *com funções específicas e por tempo não superior a quatro anos*. Esses contratos só poderão ser celebrados com prévia e expressa autorização do presidente da República, por intermédio do ministro da Justiça, mediante justificativa da necessidade de serviço atribuída ao estrangeiro indicado, de comprovada competência na especialidade. A autorização não será concedida quando se tratar de funções de caráter administrativo, ou ainda de funções técnicas, que não envolvam especialização definida.”

A Constituição de 1976 e a emenda de 1967 e 1969 continuam na mesma linha: um princípio genérico, ou igualdade entre nacionais e estrangeiros e uma série de exceções.

Vindo das duas anteriores, estas Constituições abrigaram preceitos que afastam até brasileiros naturalizados do exercício de diversos cargos ou funções (art. 145, § único, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ficou consagrada a desigualdade entre brasileiros natos e naturalizados, quanto ao uso e gozo de direitos políticos. Desses direitos, também os estrangeiros foram excluídos.

A Constituição atual adota o princípio de igualdade, entretanto bem mais restritivo que a de 1891. Se não vejamos:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” Seguem-se 36 parágrafos, referindo-se principalmente às liberdades.

Merece referência o § 1º, quando expressamente afirma:

“Todos são iguais perante a lei.” Este, em combinação com o art. 3º do Código Civil, cristaliza o princípio da igualdade.

Como foi visto, várias são as exceções a este princípio.

O § 23, do art. 153, estabelece:

“... § 23. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelece.”

O dispositivo atinge nacionais e estrangeiros. Há, entretanto, além das condições da capacidade técnica, algumas outras restrições, impostas, exclusivamente, por considerações, de ordem política. Por exemplo: não podem os estrangeiros exercer cargos públicos civis ou militares nem profissões que sejam consideradas um serviço público, por que constituem tais funções faculdade inerentes aos que gozam dos direitos políticos, apanágio dos cidadãos brasileiros (Constituição, art. 97. Lei nº 1 711, de 28.10.1952, art. 22).

O Decreto-lei nº 941, de 13.10.1969, Estatuto do Estrangeiro, em seu art. 119, reproduziu o art. 1º do Decreto-lei nº 383, de 18.4.1938, nos seguintes termos:

“Art. 119. Os estrangeiros fixados no território nacional e os que nele se acham em caráter temporário não podem exercer qualquer atividade de natureza política, nem imiscuir-se, direta ou indiretamente, *nos negócios públicos do País.*”

Comentando este texto, o grande internacionalista brasileiro, Dardeau de Carvalho, afirma em termos incisivos:

“A proibição é de natureza absoluta. Não podem os estrangeiros, realmente, exercer qualquer atividade de natureza política. Entende-se por *atividade política* todas as ações que interfiram ou possam interferir, direta ou indiretamente, com o Governo do Estado, com as suas instituições e a sua orientação político-administrativa. Não têm os estrangeiros, em suma, o gozo e o exercício dos direitos políticos, dependentes todos da aquisição da condição de eleitos, que o art. 147 da Constituição só defere aos brasileiros maiores de 18 anos.”<sup>8</sup>

E mais adiante:

“Não podem os estrangeiros, portanto, intrometer-se ou tomar parte na vida pública do País, que só aos brasileiros interessa. Só aos brasileiros, realmente, cabe o direito de opinar sobre a melhor maneira de orientar e conduzir os negócios públicos do Brasil, dando-lhes realização prática que mais convier.

A exclusão dos estrangeiros da vida pública do País, como acentuamos, sendo meramente exemplificativas as atividades enumeradas nos itens I e II do art. 119.”<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Carvalho, Dardeau. op. cit. p. 197.

<sup>9</sup> Id. ibid. p. 198.

O princípio de igualdade entre todos os seres humanos, sem distinção de nacionalidade, é um princípio geral, isto é, universalmente aceito, porém indeterminado.

Ao Estado é reconhecida a competência de discipliná-lo. No uso do poder que lhe outorga a soberania, poder juridicamente legítimo, pode estabelecer qualquer restrição, que julgue indispensável à sua segurança, ou à proteção de seu patrimônio. Tendo como limite, evidentemente, os inalienáveis direitos da pessoa humana.

Os estrangeiros desfrutam tanto de direitos públicos como de privados. Quanto aos públicos, podem ser subdivididos em públicos políticos, ou simplesmente políticos, e públicos não-políticos, definidos pelas garantias individuais.

Os estrangeiros estão excluídos do exercício dos direitos políticos. Essa é a orientação de todos os Estados modernos. E o fazem de uma forma absoluta.

Tanto a prática política como a doutrina pura e os tratados internacionais são contrários a concessão de tais direitos aos estrangeiros. Por um lado, não consideram esses direitos como incluídos entre os atributos essenciais da personalidade jurídica. Por outro, admitem que se tornariam um obstáculo ao entendimento entre os povos.

O renomado internacionalista brasileiro, Hidelbrando Acioly, expressa seu ponto de vista do seguinte modo:

“Quanto aos direitos políticos ou dos cidadãos, isto é, aos que implicam uma *participação qualquer no exercício do poder público*, tem-se geralmente como admitido que o Estado deve ou, pelo menos, pode recusá-los aos estrangeiros. Daí resulta que estes não deverão ser eleitores, nem elegíveis para funções públicas, *nem exercê-las*, nem ser alistados nas forças navais ou militares nacionais.”<sup>10</sup>

Estudando as restrições estabelecidas aos direitos dos estrangeiros no Brasil, nos termos da Constituição e das leis que versam sobre o assunto, diz Agenor Pereira de Andrade, jurista e autor de obras de Direito Internacional:

“a) .....

b) É privativo de brasileiro o exercício de cargo público ou função (art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 97 da Constituição da

<sup>10</sup> Acioly, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo, Saraiva, 1972. p. 86.

República Federativa do Brasil; art. 20 do Estatuto do Funcionário Público Civil da União — Lei nº 1 711, de 28.10.1952; art. 7º, § 2º, do Código Eleitoral — Lei nº 4 737, de 15.7.1965). É admissível ao estrangeiro tal exercício, *a título precário, sob regime de contrato*, geralmente usado com respeito a atividade de caráter técnico científico e ao magistério.

c) São reservados aos brasileiros os cargos e funções dos órgãos da administração pública descentralizada, tais como os dos institutos, bancos federais, cooperativas, estradas de ferro, companhias de navegação, administração dos portos e outras semelhantes.”<sup>11</sup>

Loreto Filho, em objetivo estudo, ainda inédito, sobre o problema aqui enfocado afirma:

“A nossa Constituição, referindo-se ao alistamento e ao voto, que determina como obrigatórios para todos os brasileiros, de ambos os sexos (art. 147, § 1º da Constituição), ao *exercício dos cargos públicos*, que considera acessíveis a todos os brasileiros (art. 97), afasta implicitamente os estrangeiros do gozo e do exercício de tais direitos, isto é, do *jus suffragii* e do *jus honorum*, os quais nós poderíamos classificar ou encarar como constituindo um novo estado — *status politicus*.”

A opinião do insigne mestre e juriconsulto brasileiro, Haroldo Valladão, está orientada no mesmo sentido. Entende o grande internacionalista que as funções públicas são privativas de brasileiros. Diz, textualmente, o renomado autor de tantas obras de direito:

“O exercício do cargo ou *função pública* é privativo de brasileiro — Constituição, art. 97 (desde 1891, art. 73), Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1 711, de 28.10.1952), art. 20, I; Código Eleitoral (Lei nº 4 737 de 15.07.1965) art. 7, § 2º. *Os estrangeiros só podem servir em condição temporária*, de contratos (Decreto nº 240, de 4.2.1938, art. 9º, § único e Decreto-lei nº 1 202, de 8.4.1939, art. 40, § único), e *em especial os professores* (Decreto-lei nº 3 297, de 22.5.1941, e Decreto nº 20 445, Universidade do Brasil, art. 89, § 1º).”

E, mais adiante, refere-se o ilustre jurista e internacionalista à *especificação da função docente*:

<sup>11</sup> Andrade, Agenor Pereira. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1975. p. 108.

“Em matéria de ensino, uma proibição antiga, vinda do Império (Aviso de 10.1.1828), veio a ser restaurada pelo Decreto nº 1 545, de 25.8.1939, que, dispondo sobre adaptação ao meio nacional de descendentes de estrangeiros, vedou (art. 11), em *medida de alto interesse nacional*, ao estrangeiro ser diretor de escola, salvo exceções legais expressas e quanto a congregação religiosa que mantém institutos em todos os países sem relação alguma com qualquer nacionalidade. Na mesma diretriz o Decreto-lei nº 8 777, de 22.1.1946, art. 7º, estabelece que somente os brasileiros natos poderão lecionar português, geografia do Brasil e história do Brasil, sendo, todavia, permitido a professores de nacionalidade portuguesa, naturalizados brasileiros, registrarem-se para ensino da língua nacional.”<sup>12</sup>

O internacionalista português Machado Vilella, enumerando com precisão as categorias de direitos públicos, enuncia, entre outros, “capacidade de exercer uma função de governo ou de administração do Estado”.

Para o mencionado jurista português, esse grupo de direitos constituem os *direitos políticos*. Dentro desta concepção, afirma, sobre estes mesmos direitos:

“... a respeito dos quais é unânime a opinião de que eles não entram no mínimo de direitos que devem ser reconhecidos aos estrangeiros, como consequência do princípio de direito internacional...”

“E os direitos políticos são, com efeito, quase universalmente recusados aos estrangeiros, já pela consideração de que as funções públicas de um Estado devem naturalmente ser desempenhadas por cidadãos deste Estado, já por razão de defesa, pois bem poderia o estrangeiro a quem se confiasse o exercício da função pública de responsabilidade política trair o interesse do Estado que lhe confiara.”<sup>13</sup>

Em Portugal sempre medrou o espírito liberal em relação aos estrangeiros. Contribuíram para isto a formação étnico-cultural de seu povo, a posição geográfica, facilitando a função de entreposto comercial, e, finalmente, a contribuição que os estrangeiros deram para sua independência.

Apesar desse liberalismo indiscutível, “foram sempre recusados aos estrangeiros os direitos políticos, *inclusive o exercício de funções públicas*, ou função de direção ou fiscalização em sociedade, ou outras entidades depen-

<sup>12</sup> Valladão, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974. 1. v., p. 412.

<sup>13</sup> Machado Vilella, A. *Tratado elementar de direito internacional privado*. Coimbra, Coimbra Ed., 1921. p. 135.

dentes do Estado, não por ele subsidiadas (argumento do art. 30, de 2.12.1910)”.

Na categoria dos direitos públicos, é reconhecido de liberdade do trabalho e comércio, de reunião e associação, de consciência e culto e o de imprensa.

Como foi visto anteriormente, existem limitações a esta categoria. Sobre tais restrições diz Cunha Gonçalves:

“Não podem, porém, exercer certos ofícios de caráter público, por exemplo, o de corretor de bolsa, notário, advogado, diretor técnico de minas, agente de emigração, oficial da marinha mercante, mestres de barco de pesca, gerentes de bancos emissores; não lhes é permitido realizar comícios; são-lhes proibidas as associações políticas e não podem entrar nos corpos gerentes das associações de classe portuguesas; não podem ser editores de jornais; são *admitidos apenas como contratados, em caráter temporário, no professorado oficial*; não lhes é facultado frequentar as escolas militares e naval.”<sup>14</sup>

A Venezuela é considerado um país que consagra amplamente o princípio geral de equiparação, no que concerne ao gozo de direitos privados.

A lei que regula a condição do estrangeiro, em seu art. 26, não permite a ele exercer cargos públicos. Entretanto, o governo é autorizado a admitir estrangeiro nos ramos de beneficência e higiene pública, ensino civil ou militar, engenheiros e mecânicos.

Os estrangeiros, mesmo tendo autorizado seu contrato ou admissão em serviço público, não passam a integrar o corpo funcional da administração.

Os Estados Unidos da América do Norte incluem-se entre os países que dispõem de uma legislação rigorosa para com os estrangeiros.

Estudando a situação jurídica do estrangeiro nesse país, disse Fedozzi:

“... no curso de um século, isto é, a começar de tempo não muito distante da independência, as leis restritivas se acumularam, formando uma rede muito espessa, através da qual parece impossível legalmente que se verifique o fato de estar nas mãos de um estrangeiro qualquer propriedade imobiliária.”<sup>15</sup>

A grande república irmã do norte, embora composta de uma gama variadíssima de populações de origem étnica distinta, impõe restrições ao estrangeiro, induzindo-o a naturalizar-se.

Lá, grande número de serviços, que em outros países são realizados por órgãos do governo, são desempenhados por empresas particulares.

<sup>14</sup> Cunha Gonçalves. Apud Espínola Filho, Eduardo. *Da condição jurídica dos estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1941. p. 279.

<sup>15</sup> Fedozzi. Apud Espínola, Eduardo. op. cit. p. 277.

Na Inglaterra, o Prof. Edward Jenks<sup>16</sup> estuda ampla e sistematicamente a situação do estrangeiro.

Mostra o Prof. Jenks que a legislação mais recente aproxima os estrangeiros dos nacionais, quanto aos direitos privados, tanto os que estão em trânsito como os residentes ou os que tenham permanência temporária.

“Precisando alguns dos mais importantes direitos, de que se excluem os estrangeiros, refere-se o prof. da Universidade de Londres aos cargos políticos, às funções públicas, à propriedade dos navios ingleses.”<sup>17</sup>

A orientação do direito e da doutrina francesa não é diferente. Com a acuidade própria dos juristas franceses, Antoine Pillet afirmou:

“Aucune fonction publique ne peut être exercée que par des nationaux. La législations et après elle la jurisprudence poussent fort loin cette idée, presque jusqu’à l’exagération. Il est inévitable que certaines difficultés se présentent dans fixation de la ligne de demarcation à tracer entre la fonction publique inaccessible à l’étranger et l’industrie privée qui lui est ouvert. . .”<sup>18</sup>

E são ainda do mesmo jurista, as seguintes palavras, sobejamente elucidativas:

“L’exercice des droits politiques ou des fonctions publiques et enversements les charges de nature politique telles que le service militaire sont donc de hors du domaine de droit et d’obligation comun à l’étranger et au citoyen.”<sup>19</sup>

Niboyet tem a mesma opinião e corrobora com o que foi afirmado acima, como pode ser constatado, em suas palavras:

“C’est un principe bien établi de notre droit que l’exercice dune fonction publique, même non életive, fait partie des droits politiques attachés a la qualité de français, sans qu’il y ait lieu de distinguer selon la nature de la fonction exercée.”<sup>20</sup> Niboyet explicita mais, referindo-se aos direitos concedidos aos estrangeiros:

“Il peut profiter de l’enseignement qui se donne dans les divers établissements primaires, secondaires et supérieurs, et obtenir les diplômes de l’Etat (baccalauréat, licences, doctorats). Par contre, il ne saurait se présents au concours d’entrée dan la carrières de l’Etat (grands écoles, agregations de l’enseignements, etc.) ou l’on exige toujours la qualité de français, parce

<sup>16</sup> Jenks, Edward. *The Book of the english law*. 1935.

<sup>17</sup> Jenks, Edward. Apud Espínola, Eduardo & Espínola Filho, Eduardo. op. cit. p. 275.

<sup>18</sup> Pillet, Antoine. *Principes de droit international privé*. Paris, Pedoné, 1903. p. 211.

<sup>19</sup> Pillet, Antoine. Apud Espínola Filho, Eduardo. op. cit. p. 365.

<sup>20</sup> Niboyet, Y. N. *Traité de droit international privé français*. Apud Espínola, Eduardo. op. cit. p. 365.

que ce concurs sont la port d'entrée des fonctions publiques. Il faut alors avoir la jouissance des droits politiques.

*Mais à part les fonctions publiques qui lui sont fermées, l'étrangers peut exercer librement toutes les professions qui ne lui sont pas interdites par un texte formel.*"<sup>21</sup>

Explicitando mais o que foi afirmado, entre as atividades formalmente interdidas aos estrangeiros, disseram os mestres Pillet e Niboyet:

"Direction d'un établissement privé. L'influence exercée sur la jeunesse peut être trop grande pour qu'on ne prenne pas des précautions."<sup>22</sup>

Também no direito espanhol, aos estrangeiros é admitido o princípio da igualdade, sendo contudo vedados os direitos de participação na vida política e o gozo de certos direitos públicos. Entre estes o de participar a qualquer título da administração pública.

O renomado internacionalista espanhol, Orúe y Arregui revela exatamente isto:

"Geralmente, se excluye casi en su totalidad a los extranjeros del goce de *aerechos políticos*, de la participacion en el gobierno y regime administrativo de país..."<sup>23</sup>

Outra não é a orientação do direito belga quanto ao gozo do exercício de direitos pelos estrangeiros. Pouillet, o grande mestre da Universidade de Louvain, apreciando o direito belga, afirmou:

"*Les droits politiques*, c'est-à-dire ceux qui assurent la participation des personnes au gouvernement de la cité et au fonctionnement des pouvoirs publics, n'appartiennent pas aux étrangers."<sup>24</sup>

Percorrendo a doutrina internacional, pode-se observar que, em termos genéricos, os direitos políticos são entendidos como eleger e ser eleito, mais ainda qualquer forma de participação em órgãos da administração pública.

Nessa orientação, é unânime o pensamento jurídico internacional de não admitir o estrangeiro como integrante, a qualquer título, do serviço público. Verdross como que sintetiza essa orientação, em sua lúcida e notável mo-

<sup>21</sup> Pillet, Antoine & Niboyet, Y. N. *Manuel de droit international privé*. Paris, Librairie Recueil Sirey, 1924. p. 260.

<sup>22</sup> Id. *ibid.* p. 265.

<sup>23</sup> Orúe y Arregui, José Ramon. *Manual de derecho internacional*. Madrid, Instituto Editorial Rues, 1952. p. 240.

<sup>24</sup> Pouillet, P. *Manuel de droit international privé belge*. Louvain, Editions Universitas, 1925. p. 129.

nografia: “Des ces droits publics, cependant, doivent être nettement distingués les droits politiques proprement dits, c’est-à-dire tous les droits de participer d’une manière quelconque à la formation de la volonté de l’Etat. Il est unanimement admis que les étrangers peuvent être exclus de la jouissance de droit, qui normalement son réservés aux membres de l’Est même. -Au nombre de ces droits doivent être comptés aussi les droits publics ayant un caractère politique, savoir: la liberté de reunion et d’association sans un but politique, ainsi que la liberté de la presse, bien que, d’ordinaire, les Etats permettent aux étrangers de bénéficier des ces droits dans des limites déterminées.

Mais il est évident qu’il ne s’agit ici que d’une concession volontaire de l’Etat de séjour qui pourrai être retirée par lui unilateralment sans qu’il enfreigne par là les prescriptions du droits des gens. *Il est de même généralement admis que l’Etat de éjour a le droit d’exclure les étrangers de tous emplois publics, civils et militaires, ainsi que de toutes fonctions comportant une délégation d’une partie de la puissance de l’Etat.”*

Não é outra a orientação que vem tendo o direito convencional. Nos tratados internacionais que tratam do assunto vedam ao estrangeiro as funções públicas. Reconhecem aos nacionais de cada Estado, os únicos qualificados a assumir a direção, ou participar de serviços do próprio Estado.

O Código de Direito Internacional Privado — Código de Bustamante —, como exemplo, em seu art. 2º, expressa textualmente:

“Art. 2º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozarão também, de garantias individuais idênticas às dos nacionais, salvo as restrições que em cada um estabeleça a Constituição e as leis. As garantias individuais idênticas não se estendem ao desempenho de funções públicas, ao direito de sufrágio e outros direitos políticos, salvo disposição especial da legislação interna.”

Está bem patente, pelo que foi visto, que não procede a distinção, do servidor público estatutário, do servidor público trabalhista.

Funcionário público tutelado pela legislação trabalhista é um equívoco, dentro da sistemática tradicional do direito brasileiro. Mas a lei substitui em alguns casos, e previu em outros, a substituição de cargo por emprego. A missão funcional do agente não mudou. Suas responsabilidades para com o Estado, para com o Governo, para com a população, não sofreram a menor alteração. A inovação institucional, evidentemente, não pretende tornar o servidor público com vínculo trabalhista menos responsável.

Não tem sentido, do ponto de vista jurídico, entender-se que uma mesma função, ou atividade, altere fundamentalmente as exigências sobre as mesmas, seus direitos e obrigações, se o vínculo com o Estado for estatutário, ou trabalhista.

Como explicar mudança tão radical, simplesmente em decorrência da mudança de lei que tutela? Se as características da função são idênticas, se as responsabilidades são as mesmas, se recebem ambos pelos cofres públicos, se tem como forma de admissão o concurso público se integram o quadro funcional como parte do órgão público do Governo?

Interpretam alguns que o vínculo trabalhista exige o servidor de toda uma série de responsabilidades e obrigações. Só porque é trabalhista o regime tutelar. Pelo que foi visto acima, pretende simplificar algo bastante complexo.

Só brasileiro pode integrar o serviço público, pelo vínculo estatutário. Se o vínculo for trabalhista, brasileiro e estrangeiro poderão ter acesso aos empregos (cargos) administrativos do serviço público. Forma estranha de raciocinar juridicamente.

Ora, a constituição quando atribui os “cargos públicos a todos os brasileiros”, é evidente que não teve em mira a natureza do vínculo, mas sim a natureza da função a ser desempenhada. Procurou, como cautela, a proteção do Governo, tanto no que concerne ao compromisso perante o grande público, como em relação à fidelidade aos preceitos e princípios que orientam a administração pública.

A orientação atual, na administração pública brasileira, de substituir, progressivamente, os estatutários por servidores em regime trabalhista, evidencia que não pretende descaracterizar a natureza pública de tais funções, a que correspondiam os cargos, transformados em empregos.

A relação de emprego passa a ser tutelada por outra lei, é verdade, mas as responsabilidades e encargos da função, perante o Estado e perante o cidadão, correspondem ao antigo cargo.

Não houve alteração neste particular.

É o que se percebe, claramente, ao se estudar a situação jurídica do grupo magistério, do serviço civil da União.

*Em primeiro lugar*, a instituição dispõe de um quadro de pessoal, definindo englobadamente o número de cargos e empregos. Definem este número os encargos docentes, as necessidades relativas às atividades didáticas.

*Em segundo lugar*, as atividades docentes são atribuídas por categorias funcionais, que definem níveis de proventos e salários, independentemente, de tratar-se de cargo ou emprego.

*Em terceiro lugar*, o art. 11 da Lei nº 6 182, de 11.12.1974, trata expressamente do “provimento” de cargo ou emprego. Provimento, tecnicamente, corresponde ao preenchimento de cargo público.

Significa, então, uma iniciativa do poder público, da mesma natureza, em ambas as situações.

*Em quarto lugar*, o mesmo artigo estabelece que o provimento de cargo ou emprego “far-se-á, exclusivamente, por ingresso mediante concurso público de provas e título”. De acordo com o § 1º do art. 97 da Constituição, esta é a forma de “investidura em cargo público.”

*Em quinto lugar*, é de grande significação que, no art. 3º, § 2º da supracitada lei, os ocupantes de cargo ou emprego, poderão ter suas “horas excedentes da carga horária” ocupadas com administração universitária. Hipótese também prevista no art. 7º, § 2º do mesmo diploma legal. Nesta hipótese, embora considerada como função docente, trata-se de participação efetiva na administração.

Todas as observações acima apresentadas demonstram o servidor público, ocupante de emprego do grupo magistério, totalmente assemelhado ao servidor estatutário. Culmina, inclusive, com a possibilidade de vir a assumir cargos administrativos na instituição.

No que diz respeito explicitamente à Universidade Federal de Pernambuco, o problema é acrescido de outros aspectos de significativa importância.

A Lei nº 5 540, de 28.11.1968, art. 31, diz que:

“Art. 31. O regime jurídico do magistério superior será regulado pela legislação própria dos sistemas de ensino e pelos estatutos e regimentos das universidades, das federações de escolas e dos estabelecimentos isolados.”

O estatuto da universidade, ao disciplinar o contrato de professores, com a coercitividade que a citada lei outorgou, em seu art. 78, § 2º, disciplina:

“Art. 78 . . . . (omissis)

§ 1º . . . . (omissis)

§ 2º Os professores contratados terão os mesmos direitos e deveres dos admitidos ao regime estatutário, nos planos didático, científico e administrativo.”

Nas universidades federais a identidade de direitos e deveres é absolutamente incontestável, entre estatutários e trabalhistas.

Essa identidade de direito confere, automaticamente, aos que se vinculam por qualquer das duas tutelas jurídicas, tanto o estatutário como o contratado, o acesso a todos os cargos e funções da Universidade, tanto docentes como administrativos. Dentro dessa perspectiva indiscutível aqui colocada, tanto um como outro poderão participar de colegiados, ocupar coordenações, assumir diretoria de centros, ser votados para lista sêxtupla para reitor e ser nomeado.

Ora, os estrangeiros não podem ocupar cargos públicos. Foi sobejamente demonstrado que eles não gozam dos mesmos direitos quanto os nacionais de integrar o serviço público.

Se os estrangeiros foram enquadrados nas mesmas condições dos brasileiros, estará sendo desrespeitado preceito maior e mais amplo.