ACESSO DE ESTRANGEIROS AOS CARGOS PÚBLICOS — SENTIDO DO ART. 37, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO

CONSULTA

"Dirijo-me a Vossa Excelência com o objetivo de formular consulta a respeito do provimento de cargos da carreira docente por professores estrangeiros, pelas razões a seguir expostas.

"Em reunião realizada pelo Conselho Universitário no dia 12.3.91, foi decidido, com base em artigo de Vossa Excelência publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, e em pareceres da Consultoria Jurídica e da profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e após manifestação favorável da Comissão de Legislação e Recursos que seria alterado o art. 121 do Regimento Geral da USP para permitir o provimento de estrangeiros em cargos da carreira docente.

"A medida foi concretizada pela resolução nº 3.801, de 5.4.91, cujo texto encaminho em anexo.

Ocorre que, ao examinar pedido de transformação de visto temporário em visto permanente, formulado pelo prof. Alejandro Miguel Fratzin, o Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça proferiu o seguinte despacho, publicado no *Diário Oficial da União*, de 12.2.92, Seção I, p. 1705:

'Indefiro o pedido de transformação de visto para permanente, eis que a pretensão implica no acesso de estrangeiro a emprego público permanente, independentemente de concurso público, o que contraria as disposições expressas do art. 37, inciso I, da Constituição Federal.'

"À vista disso e levando em conta que a manifestação de Vossa Excelência poderá ser da mais alta valia, pelos subsídios que certamente trará para a solução de assunto sumamente relevante para a Universidade, formulo as seguintes indagações:

'1. Aplica-se à USP a Lei Federal nº 8.112, de 11.12.90, na parte em que estabelece normas sobre contratação de estrangeiros, limitando-a à hipótese de necessidade temporária de excepcional interesse público e estabelecendo o prazo improrrogável de 48 meses (arts. 232 a 234)?

'2. A norma contida no art. 37, inciso I, da Constituição Federal constitui óbice para o provimento de cargos e funções da carreira docente por professores estrangeiros?

Agradecendo, desde logo, a sua valiosa colaboração, subscrevo-me com as manifestações de meu elevado apreço.

São Paulo, 9 de abril de 1992. *Roberto Leal Lobo e Silva Filho*, Reitor da Universidade de São Paulo."

PARECER

1. O advento de uma Constituição suscita uma série de dúvidas, que os comentaristas açodados nem sempre resolvem, deixando-se levar pela aparência das palavras.

É o que acontece com o inciso I do art. 37 da Carta de 1988, segundo o qual "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei."

Comentários já li concluindo, sem maior exame, que somente os brasileiros natos ou naturalizados podem ser admitidos em cargos, empregos ou funções públicas, o que não se coaduna nem com a disposição supratranscrita, nem com os demais preceitos relativos aos direitos dos estrangeiros no Brasil.

Senão, vejamos.

2. Em primeiro lugar, o disposto no inciso I citado foi precipitadamente interpretado segundo o chamado raciocínio *a contrario sensu*, que se reduz à fórmula singela: Se A é, fica excluído não-A, ou segundo a velha parêmia latina: *inclusio unius, exclusio alterius.*

Inferiu-se, em suma, que se a Constituição se refere tão-somente a brasileiros, quando ela disciplina o direito de acesso aos serviços públicos, é sinal que deles exclui os estrangeiros, o que não procede.

Nem sempre é exato afirmar-se que, admitido A, fica excluído não-A. Se digo: "nasceu um menino", forçoso é concluir que não veio ao mundo uma menina, mas se afirmo que "gosto da cor branca" não quer dizer que não aprecie outras cores. Uma afirmação, em suma, pode dar lugar, conforme as circunstâncias, a uma negação excludente de tudo que se lhe contraponha, ou, então, a afirmações outras que não entrem em conflito necessariamente com ela. Por outras palavras, a inferência *a contrario sensu* depende da natureza do que se afirma.

O ilustre filósofo Nicola Abbagnano, em seu já clássico *Dizionario di Filosofia*, assim resume a matéria: "Se a A convém um predicado B, é provável (*note-se*) que a não-A convenha um predicado não-B". Trata-se, pois, de conclusão provável, mas não necessária ou apodítica.

Ora, essas limitações do argumento a *contrario sensu* já foram há muito tempo assinaladas pelos grandes mestres de Exegese Jurídica, entre os quais situo o ilustre Carlos Maximiliano que, nos §§ 296 e seguintes de sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* até hoje não superada no Brasil, adverte contra os perigos daquela forma de raciocínio muito prestigioso outrora, malvisto hoje, pela doutrina, pouco usado pela jurisprudência.

Pois bem, foi na armadilha do argumento *a contrario sensu* que caiu o legislador federal, o qual, talvez obedecendo a mal refreadas inclinações xenófobas, ao elaborar a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece, no art. 5º, entre os requisitos básicos para investidura em cargo público:

I

A nacionalidade brasileira

Não tem cabimento essa conclusão, muito embora fosse lícito ao legislador federal fazê-lo, como passo a analisar.

3. A bem ver, o que o inciso I do art. 37 da Carta Magna estatui é que a nenhum brasileiro poderá ser negado, por lei, o acesso a cargos, empregos ou funções públicas, muito embora a lei possa condicionar o exercício desse direito ao preenchimento de determinados requisitos, por exemplo, de idade ou de capacidade científica ou técnica.

E os estrangeiros? Não creio que a norma em apreço lhes negue o exercício a título efetivo de quaisquer atividades públicas, mas permite que o legislador ordinário discipline a matéria conforme lhe parecer conveniente, o que poderá ser feito de múltiplas formas, como, por exemplo:

a) excluindo todos os estrangeiros dos cargos, empregos e funções públicas, numa posição de extrema xenofobia;

b) ou excluindo-os dos cargos, mas não de determinados empregos ou funções;

c) ou estabelecer condições específicas para que possam acender tanto a cargos como a empregos e funções, de conformidade com a sua natureza;

d) ou enumerar os cargos ou empregos públicos vedados aos estrangeiros.

Nesse sentido, a Lei nº 8.112/1990, como vimos, optou pela exclusão radical, criando embaraços inauditos à cultura brasileira.

4. O próprio legislador da União sentiu, aliás, as conseqüências danosas de sua escolha, tanto assim que, nos arts. 232 a 234, procurou contornar o obstáculo por ele criado, lançando mão de uma situação oblíqua, condenada *a una voce* pela coletividade científica de todo o País.

Não é demais transcrever aqui os artigos, no que é útil ao presente parecer:

"Art. 232. Para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, poderão ser efetuadas contratações de pessoal por tempo determinado, mediante contrato de locação de serviços.

Art. 233. Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:

I — (...)

"IV — substituir professores ou admitir professor visitante, inclusive estrangeiro;

V — permitir a execução de serviço por profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro, nas áreas de pesquisa científica e tecnológica;

VI — (...)

§ 1º As contratações de que trata este artigo terão dotação específica e obedecerão aos seguintes prazos:

I — (...)

II — (...)

III — nas hipóteses dos incisos IV e V, até 48 (quarenta e oito) meses.

§ 2º Os prazos de que trata o parágrafo anterior são improrrogáveis.

§ 3º (...)

Como se vê, não houve outro remédio senão recorrer ao instituto do contrato de locação de serviço para poder permitir a colaboração de mestres e cientistas estrangeiros nas universidades e centros de pesquisa, e, assim mesmo, por pouco tempo, como se se tratasse de visita incômoda da qual tivéssemos de nos livrar no mais breve tempo

É esse o regime em vigor no quadro do serviço público federal, porquanto, a mencionada Lei nº 8.112/90 não é inconstitucional, mas não constitui, absolutamente, modelo a ser seguido pelos estados ou pelos municípios.

5. Antes, porém, de referir-me à não incidência dos citados dispositivos legais no âmbito da legislação paulista, considero necessário aduzir outros argumentos no sentido da exegese que oferece ao art. 37, I da Carta Maior.

Remonta ao Insigne Portalis o ensinamento, depois consagrado pelo Código Civil francês, de que "os dispositivos legais se interpretam uns pelos outros", isto é, numa unidade concreta para a qual as disposições da mesma natureza convergem iluminando-se reciprocamente.

Nesse sentido, o inciso I do art. 37 deve ser interpretado em consonância com as demais disposições constitucionais pertinentes ao assunto, desde o *caput* do art. 5º, de manifesto sentido preambular, o qual garante igualdade de direito aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País de conformidade com as disposições a seguir enunciadas, nenhuma delas restritiva da situação jurídica dos estrangeiros. Estes sofrem limitações no exercício de direitos políticos e nos casos raríssimos que a própria Carta Magna consigna.

É, pois, o princípio geral da igualdade entre brasileiros e estrangeiros que deve orientar o intérprete na exegese das disposições específicas, não sendo demais ponderar, consoante pioneiro magistério do saudoso constitucionalista Nelson de Souza Sampaio, que nem todos os artigos da Constituição possuem igual hierarquia no plano hermenêutico.

Ora, é evidente que o *caput* do art. 5º, ao assegurar a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, conferindo-lhes a garantia dos 77 direitos fundamentais que enuncia, tem um *carater fundante,* fixando o parâmetro segundo o qual devem ser interpretados os demais artigos da Carta Magna, inclusive o de nº 37, I, que põe a salvo do legislador ordinário o acesso dos brasileiros a cargos, empregos e funções públicas, mas permitindo que, quanto aos estrangeiros, possa a lei disciplinar livremente a sua admissão nos quadros da Administração Pública, matéria especificamente tratada no Capítulo VII do Título III relativo à Organização do Estado.

A permanência dos direitos de cidadania, que Hannah Arendt conceitua como sendo "o direito a ter direitos", é evidente, obrigando o intérprete do inciso I do art. 37 a entendê-lo com espírito universalista e liberal, e não nativista a xenófobo. Mesmo porque a União não tem competência exclusiva para legislar sobre *Direito Administrativo.*

6. Assente, por mais esse prisma, a exegese correta do art. 37, I, vejamos se a Lei nº 8.112/1990 tem incidência na esfera administrativa estadual.

A resposta negativa é tranqüila, à vista do que reza o *caput* do art. 39 da Constituição, a saber:

"Art. 39. A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão, no *âmbito de sua competência,* regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas." (Meus os grifos).

Donde se conclui que, se os estrangeiros foram excluídos do acesso aos cargos públicos, em virtude de mansinadas disposições de lei federal, esta não obriga a Administração estadual ou municipal a cumpri-la, ou a seguir-lhe o modelo, o qual deveria, ao contrário, ser incontinenti modificado mediante revogação dos apontados preceitos que foram unanimemente repelidos pela comunidade cultural brasileira, com as universidades paulistas à frente.

Enganam-se redondamente aquelas que julgam ser necessária emenda constitucional para restabelecer a necessária abertura do Brasil à participação benéfica de professores e pesquisadores estrangeiros que se disponham a ingressar em nossas carreiras docentes, mediante concursos de títulos e provas: bastará revogar os mencionados preceitos em má hora inseridos na Lei Federal nº 8.112/90.

7. Ora, como o estado de São Paulo ainda não possui lei dispondo sobre o regime único dos servidores de sua administração direta, autárquica ou fundacional, não há que falar em proibição de acesso de estrangeiros a cargos e empregos públicos estaduais, obedecidos, é claro, os requisitos previstos em lei.

É incontestável que, dada a inexistência de norma estadual vedando o acesso de estrangeiros aos cargos públicos, deve prevalecer o princípio liberal de que "o que não é proibido deve ser permitido", norma esta que Norberto Bobbio chama de "fecho do ordenamento jurídico" (*norma di chiusura*), que remonta aos clássicos ensinamentos de Zittelman, Kelsen, Donati, Cossio e tantos outros. Trata-se, aliás, de conseqüência lógica do mandamento constitucional segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

8. Isto posto, é incensurável a decisão do Conselho Universitário da Universidade de São Paulo — USP, de admitir estrangeiros aos concursos de ingresso em suas carreiras docentes.

Aliás, milita a favor da liberdade de nomeação de professores e técnicos estrangeiros a norma constitucional que confere às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, o que implica o poder de selecionar livremente os elementos que julgar indispensáveis a seu desenvolvimento científico e cultural.

É claro que, se houvesse lei estadual recusando aos estrangeiros acesso aos cargos ou empregos públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional, a USP, apesar de ser *autarquia de regime especial*, não poderia acolher estrangeiros em seus quadros, mas, inexistindo felizmente essa disposição, seu estatuto lhe assegura o poder de nomeá-los professores ou pesquisadores, se aprovados em concurso, obedecidos os requisitos em vigor, ou de livremente contratá-los.

À vista do exposto, nenhuma dúvida existe quanto à plena legitimidade da Resolução nº 3.801, de 5.4.91, baixada pelo magnífico reitor da USP, com base em deliberação do e. Conselho Universitário, assegurando aos estrangeiros acesso às carreiras docentes, nos seguintes termos:

"Art. 1º (...)

§ 1º Para os efeitos de ingresso ou progressão na carreira docente, a USP não distinguirá entre brasileiros e estrangeiros".

9. Assim sendo, não assiste razão ao Diretor do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça quando, pelo despacho transcrito na consulta, indeferiu o pedido de visto permanente ao prof. Alessandro Miguel Fratzin, admitido como docente da USP, sob a alegação de que tal pretensão implicaria "o acesso de estrangeiro a emprego público permanente, independentemente de concurso público, o que contraria as disposições 'expressas no art. 37, inciso I, da Constituição Federal'." (*Diário Oficial da União*, de 12.2.92, seção I, p. 1.705).

É possível que a referida autoridade não tenha sido informada da real situação jurídica do mencionado professor, mas o que importa assinalar é o fato de seu despacho basear-se, conforme exposto, em errônea interpretação do art. 37, inciso I, da Lei Maior.

Nos parágrafos anteriores do presente parecer, penso ter demonstrado qual o rigoroso sentido desse mandamento constitucional, e, outrossim, que os arts. 5º, 232 a 234 da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, que instituiu o regime jurídico único dos servidores da União, não se aplicam aos Estados, e, por conseguinte, à USP, *ex vi* do disposto no art. 39 da Carta Magna.

Dispenso-me de relembrar os argumentos por mim expendidos para concluir que o citado despacho do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça é insubsistente, em virtude da insubsistência de seu fundamento.

Em última análise, essa decisão administrativa, baseada em dispositivos de lei federal inaplicável aos servidores das autarquias estaduais, como é o caso da USP, e, além do mais, com manifesto vício de inconstitucionalidade quanto à interpretação do art. 37, I, da Constituição, importa em violação de direito líquido e certo do prof. Alejandro Miguel Fratzin, de haver reconhecida sua qualidade de professor colaborador da USP, admitido na forma de seus estatuto e regulamento, expedidos em razão de sua autonomia especial (Constituição, art. 207).

À autoridade federal não é lícito contestar o direito que tem uma Universidade estadual — não sujeita à Lei nº 8.112/90, referente tão-somente a servidores da União — de admitir professores estrangeiros pelo tempo que entender, seja por contrato, seja mediante concurso.

10. Em razão de todos os argumentos supra-aduzidos, passo a responder aos quesitos formulados pelo magnífico reitor Roberto Leal Lobo e Silva Filho, nos seguintes termos:

Ao 1º A Lei Federal nº 8.112, de 11.12.90, além de em seu art. 5º conflitar com o real significado do art. 37, I, da Carta Magna — não é aplicável à USP na parte em que estabelece normas sobre contratação de estrangeiros, estabelecendo o prazo improrrogável de 48 meses (arts. 232 e 234).

A Constituição Federal, em seu art. 207, confere às universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

Por outro lado, cada estado tem competência privativa para promulgar lei própria sobre o regime jurídico dos servidores da administração direta, autárquica e fundacional. Só a essa lei a USP deveria se subordinar, e assim mesmo nos limites do citado art. 207. Como até agora inexiste esse diploma legal, ainda mais se reforça o poder de decidir da USP sobre assuntos de sua competência.

Ao 2º O art. 37, inciso I da Lei Maior, se devidamente interpretado, não impede, absolutamente, que uma universidade, não sujeita ao regime jurídico único dos servidores da União, possa prover seus cargos e funções da carreira docente por estrangeiros, na forma de seus estatuto e regulamento.

É o meu parecer.

São Paulo, 14 de abril de 1992. *Miguel Reale.*