



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A restrição de acesso dos estrangeiros a cargos públicos no Rio Grande do Sul: xenofobia ou mora legislativa?

Restrictions of foreigners' right to access public service positions in Rio Grande do Sul: xenophobia or legislative delay?

André Augusto Cella

Resumo: Este artigo trata da persistência das restrições de acesso dos estrangeiros a cargos públicos, mesmo após 25 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que equiparou brasileiros e não nacionais quanto a esse aspecto. Pretende investigar que fatores explicam, atualmente, a não implementação desse direito pela maioria dos entes da Administração Pública, no espaço geográfico do Estado do Rio Grande do Sul, partindo de duas hipóteses: a simples mora legislativa e a xenofobia. Para cumprir seus objetivos, contextualiza historicamente a construção da nacionalidade brasileira como requisito constitucional de acesso a cargos públicos e o posterior abandono dessa prática, mapeia a situação atual do direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos e, finalmente, apresenta os resultados de uma pesquisa de campo junto aos municípios mais populosos do Estado, apontando possibilidades de superação do problema. As conclusões a que chega indicam um quadro geral de mora legislativa, tanto por falta de demanda pela comunidade interessada, como pela ausência de prioridade do assunto para as Administrações locais.

Palavras-chave: Cargos Públicos; Direito de Acesso; Estrangeiros; Rio Grande do Sul.

Abstract: This paper addresses the persistence of restrictions on foreigners' access to public service positions, even 25 years after the enactment of Constitutional Amendment No. 19 of June 4, 1998, which equalized Brazilians and non-nationals in this regard. It aims to investigate the factors that currently explain the non-implementation of this right by most entities of the Public Administration within the geographic space of the State of Rio Grande do Sul, based on two hypotheses: simple legislative delay and xenophobia. To achieve its objectives, the article provides a historical context of how Brazilian nationality came to be a constitutional requirement for access to public positions and the subsequent abandonment of this practice. It then maps the current state of the right of foreigners to access public positions and, finally, presents the results of field research conducted in the most populous municipalities of the state, pointing out possible ways to overcome the issue. The findings indicate a general scenario of legislative delay, both due to a lack of demand from the affected community and the absence of prioritization of the matter by local administrations.

Keywords: Access; Foreigners; Public Service Positions; Rio Grande do Sul.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v12i2p99-142>

A RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS ESTRANGEIROS A CARGOS PÚBLICOS NO RIO GRANDE DO SUL: XENOFOBIA OU MORA LEGISLATIVA?

André Augusto CELLA*

1 Introdução; 2 Premissas teóricas para a compreensão da luta dos estrangeiros pelo pleno reconhecimento do direito de acesso aos cargos públicos no Brasil; 2.1 A teoria do reconhecimento de Honneth como base para a análise da exclusão dos estrangeiros dos quadros de pessoal da Administração; 2.2 Aspectos psicossociais da exclusão dos não nacionais e a omissão como resposta estatal; 2.3 A história do estrangeiro na Administração Pública brasileira; 3 Mapeamento da situação atual do direito de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos no Rio Grande do Sul; 4 Mora legislativa, xenofobia ou outros fatores? Análise das razões para a persistência das restrições de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos no Rio Grande do Sul; 4.1 Análise discursiva de informações prestadas sobre o tema por agentes públicos nos municípios mais populosos do Rio Grande do Sul; 4.2 Possibilidades de implementação das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 37, I, da Constituição; 5 Conclusões; 6 Referências.

1. Introdução

Esta pesquisa aborda a ausência de implementação do direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos no Estado do Rio Grande do Sul, tanto na Administração Pública federal direta e indireta quanto na maioria de seus municípios, mesmo passados mais de 25 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 (EC 19/98).

O estudo busca responder à seguinte indagação: considerando que a EC 19/98, ao alterar o art. 37, I, da Constituição Federal de 1988, ampliou o acesso a cargos públicos para pessoas sem nacionalidade brasileira, quais fatores explicam, atualmente, a não efetivação desse direito na maior parte dos entes da Administração Pública, no Estado do Rio Grande do Sul? As hipóteses inicialmente cogitadas como explicação para a situação, dentro de uma abordagem hipotético-dedutiva, são a mora legislativa e a xenofobia.

Para cumprir com o objetivo principal da pesquisa, que é a verificação da validade das hipóteses acima mencionadas, primeiramente se contextualiza a construção, ao

* Professor de Direito Administrativo e Processo Civil no Curso de Direito da UFN - Universidade Franciscana, desde 2008, e Advogado da União, desde 2005. Possui títulos de Graduação, Especialização e Mestrado em Direito, todos pela UFSM - Universidade Federal de Santa Maria. Atua nas áreas de Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direito Militar. <https://orcid.org/0009-0006-2993-2735>.

longo da história, da nacionalidade brasileira como requisito constitucional de acesso a cargos públicos e o posterior abandono dessa prática, bem como os entraves à implementação dessa nova realidade. Num segundo momento, mapeia-se a situação atual do direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos na Administração direta e indireta federal, estadual e dos municípios do Rio Grande do Sul. Finalmente, identificam-se os motivos que levam à não implementação desse direito na Administração federal, direta e indireta, e nos municípios onde ainda não se editaram leis em conformidade com a redação atual do art. 37, I, da CF/88, dentre os 25 mais populosos do Estado do Rio Grande do Sul, apontando possibilidades de superação desse problema pelas vias administrativa, legislativa e judicial.

A persecução desses objetivos exigiu múltiplos procedimentos metodológicos. Para o estabelecimento das premissas teóricas das hipóteses cogitadas e a compreensão da história do estrangeiro na Administração Pública brasileira, foi feita uma revisão bibliográfica de obras de sociologia, filosofia, direito e psicologia social com viés crítico, bem como da dogmática constitucionalista nacional. Para o mapeamento da situação legislativa do direito de acesso, uma extensa pesquisa documental foi realizada em cerca de quinhentas leis municipais, estaduais e federais, organizada numa planilha preenchida progressivamente durante os anos de 2023 e 2024. Por fim, na etapa qualitativa da pesquisa, após a seleção discricionária dos municípios gaúchos mais populosos que, juntos, representavam mais da metade da população do Estado do Rio Grande do Sul, analisou-se a documentação de processos legislativos nos casos em que houve regulamentação do art. 37, I, da CF/88 e aplicaram-se entrevistas semiestruturadas a agentes públicos municipais com competência sobre o tema, onde havia omissão legislativa – recorrendo-se a pedidos de acesso à informação nos casos em que não houve colaboração dos entrevistados.

Há uma concepção generalizada – e quase nunca questionada – de que somente podem participar de concursos públicos e aceder a cargos e funções públicas aqueles que forem brasileiros natos ou naturalizados. Isso vale desde importantes cargos em carreiras típicas de Estado, até funções exatamente iguais às aquelas existentes na iniciativa privada, como de motorista, médico, enfermeiro, professor ou responsável pela merenda de uma escola. Uma rápida pesquisa preliminar revela, porém, que, desde 1998, uma alteração constitucional determinou a ampliação desse direito de acesso, de modo a incluir pessoas sem a nacionalidade brasileira, através da legislação ordinária, mas que apenas alguns Estados e alguns municípios alteraram seus estatutos jurídicos de pessoal no que tange a esse aspecto.

Num contexto de globalização e grandes migrações internacionais, de erosão de conceitos tradicionais como território, povo e soberania, bem como de adesão a diversos textos e compromissos de Direito Internacional relacionados à inclusão de todos os indivíduos no mercado de trabalho e à supressão de quaisquer formas de discriminação e desigualdade, o que justifica que a maior parte dos postos de trabalho da

Administração ainda estejam reservados apenas àqueles que têm a condição de nacionais?

Esse atraso na regulamentação do direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos gera uma série de injustiças que não impactam na opinião pública ou nas estatísticas com a mesma intensidade que os grandes problemas sociais do racismo, da discriminação de gênero ou da exclusão de pessoas com deficiência, mas, mesmo assim, merece uma discussão aprofundada.

A atualidade do tema é evidente: o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou, em 2023, uma tese de repercussão geral para o Tema nº 1.032, estabelecendo que “[o] candidato estrangeiro tem direito líquido e certo à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, § 1º, da Constituição Federal”, ainda que tenha ressalvado a possibilidade de restrição se ela “estiver expressa no edital do certame com o exclusivo objetivo de preservar o interesse público e desde que, sem prejuízo de controle judicial, devidamente justificada”.

A decisão, ainda que importante, não encerra o problema, por ser limitada à Administração Federal e a cargos em instituições de ensino e pesquisa. Há todo um universo de postos de trabalho que ainda são inacessíveis aos não nacionais no âmbito da própria União, da maioria dos Estados e de grande parte dos municípios. Uma prova disso é a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), também de 2023, que determinou, num mandado de injunção, que o Estado e a Assembleia Legislativa regulamentassem, em 60 dias, o direito de acesso de migrantes internacionais, conforme os requisitos constitucionais, aos cargos, empregos e funções públicas em Santa Catarina. O caso está desde agosto de 2024 concluso com o Ministro Luís Fux, do STF, para uma decisão sobre o recurso especial interposto pelos réus.

A pesquisa trata, essencialmente, da agenda da inclusão dos migrantes internacionais na sociedade brasileira, dentro do espírito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nº 8 e, em especial, nº 10, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), e busca compreender os fatores que perpetuam situações de discriminação inconstitucional contra essas pessoas. As dimensões da ética e do trabalho decente da sustentabilidade permeiam essas discussões que, em última análise, abordam uma luta por reconhecimento de um grupo juridicamente vulnerável.

2. Premissas teóricas para a compreensão da luta dos estrangeiros pelo pleno reconhecimento do direito de acesso aos cargos públicos no Brasil

O tratamento diferenciado que a legislação da União, da maioria dos Estados e de grande parte dos municípios brasileiros ainda confere a nacionais e não nacionais, em matéria de acesso a cargos e funções públicas no Brasil, poderia ser analisado

sob diversas abordagens estritamente jurídicas. Esta pesquisa, porém, se propõe a abordar a restrição de acesso dos estrangeiros a cargos públicos a partir de uma visão que vai além do Direito, enxergando o problema com olhos das Ciências Sociais. Por isso, faz a opção de encará-la como uma luta por reconhecimento, que enfrenta resistências por parte da “sociedade de acolhida” que ainda não estão claras. Essa escolha abre, ainda, a possibilidade de discutir elementos psicossociais – haveria uma simples mora legislativa por trás dessa ausência de reconhecimento (e, nesse caso, quais seriam as razões para essa inércia?); ou a questão estaria ligada à xenofobia?

Para responder a essas questões, é necessário um aporte teórico que aborde todos os elementos envolvidos na análise, os quais serão revisados a seguir.

2.1 A teoria do reconhecimento de Honneth como base para a análise da exclusão dos estrangeiros dos quadros de pessoal da Administração

Axel Honneth (2003, p. 64) afirma que “o indivíduo só pode se proporcionar um sentimento de garantia a respeito de ser reconhecido por seu parceiro de interação mediante a experiência da reação prática com que aquele responde a um desafio deliberado”. Essa afirmação parte da premissa de que o desenvolvimento da identidade pessoal está ligado ao reconhecimento por parte de outros sujeitos. Ou seja, “se eu não reconheço meu parceiro de interação como um determinado gênero de pessoa, eu tampouco posso me ver reconhecido em suas reações como o mesmo gênero de pessoa” (Honneth, 2003, p. 78), já que, nesse caso, seriam negadas pelo sujeito as propriedades e capacidades nas quais ele buscava se sentir confirmado pelo outro.

O estudo do reconhecimento é essencial para compreender as lutas sociais, vez que “só quando todos os membros da sociedade respeitam mutuamente suas pretensões legítimas, eles podem se relacionar socialmente entre si da maneira isenta de conflitos que é necessária para a solução cooperativa das tarefas sociais” (Honneth, 2003, p. 96). O filósofo alemão teoriza, em lição hoje bastante conhecida nas Ciências Sociais brasileiras, que o reconhecimento se dá em três esferas sucessivas na vida de cada um, através de códigos, esquematizados na seguinte tabela:

Tabela 1 - Esferas sucessivas na vida

Objeto de reconhecimento\ Modo de reconhecimento	Indivíduo (carências concretas)	Pessoa (autonomia formal)	Sujeito (particularidade individual)
Intuição (afetivo)	Família (amor)		
Conceito (cognitivo)		Sociedade civil (direito)	
Intuição intelectual (afeto que se tornou racional)			Estado (solidariedade)

Fonte: Honneth, 2003, p. 60.

Contudo, Honneth (2003, p. 256) ressalva que “nem todas as três esferas de reconhecimento contêm em si, de modo geral, o tipo de tensão moral que pode estar em condições de pôr em marcha conflitos ou querelas sociais”. Para ele, uma luta só pode ser caracterizada como “social” quando “seus objetivos se deixam generalizar para além do horizonte das intenções individuais, chegando a um ponto em que eles podem se tornar a base de um movimento coletivo”.

Este estudo não pretende se aprofundar na primeira esfera de reconhecimento, relacionada à experiência do amor, do cuidado e da autoconfiança como motores de formação da subjetividade e de desenvolvimento de uma confiança básica em si mesmo – que permitem lutar pelo reconhecimento nas demais esferas. O foco recairá sobre a segunda esfera, na qual a sociedade civil é o espaço onde surgem tensões decorrentes do não reconhecimento de direitos a determinadas categorias de pessoas, afetando sua autonomia formal; e sobre a terceira, que envolve o sentimento de solidariedade que surge quando há um reconhecimento recíproco dos indivíduos, por suas qualidades particulares e por suas contribuições à comunidade.

Quanto à segunda esfera, Honneth (2003, p. 198) explica que, quando o reconhecimento jurídico está presente, um sujeito é capaz de se considerar como “uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade”. Para o autor, essa percepção positiva de si mesmo pode ser chamada de “autorrespeito”. Por outro lado, a ausência de reconhecimento jurídico e a exclusão (ou tolerância ao subprivilegio jurídico) levam a “sentimento paralisante de vergonha social, do qual só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar” (Honneth, 2003, p. 198).

A terceira esfera está relacionada ao valor que um indivíduo recebe dentro da sociedade com base em suas capacidades, contribuições e forma de vida. Quando a sociedade reconhece positivamente um indivíduo, que poderia ser um migrante, ele desenvolve um senso de valor próprio e de pertencimento. Quando não ocorre esse

reconhecimento, pode haver marginalização, preconceito e dificuldades de integração social (Honneth, 2003, p. 217-218).

Imagine-se, por exemplo, que dois gestores de escolas de ensino fundamental, uma pública e outra privada, precisassem contratar professores de Língua Espanhola para ministrar aulas aos seus alunos. Num cenário em que a exclusão ou a marginalização estão presentes, uma pessoa cuja língua nativa seja o espanhol, com diploma de curso superior que a habilite a exercer a licenciatura, poderia conseguir o emprego na escola particular e, talvez, propiciasse aos alunos uma experiência pedagógica muito mais rica para os alunos do que um brasileiro com o mesmo curso poderia oferecer, em razão de suas origens. De outro lado, uma oportunidade semelhante na escola pública, que oferece estabilidade e, muitas vezes, remuneração mais alta, não estaria ao alcance desse mesmo profissional, por um critério unicamente ligado à sua condição jurídica de não nacional. O mesmo raciocínio vale para motoristas sem nacionalidade brasileira – podem ser auxiliares de taxista, trabalhar através de aplicativos como o *Uber*, mas não têm direito a um cargo como motorista numa Prefeitura ou num órgão federal.

À luz da teoria aqui adotada, pode-se dizer que a exclusão de não nacionais do acesso a cargos públicos implica uma negação do reconhecimento enquanto cidadãos de pleno direito. Apesar de receberem a promessa de tratamento isonômico pela Constituição, possuírem residência legal e contribuírem economicamente para a sociedade, essas pessoas acabam sendo vistas como "menos dignas" de participar em condições iguais das instituições públicas. Essa situação reflete um desrespeito que fere a sua dignidade, um óbice à sua integração.

Quando se analisa essa ausência de reconhecimento, dirigida a um grupo indeterminado de pessoas, sem fundamento constitucional e baseada exclusivamente na questão da nacionalidade – que é o tema desta pesquisa –, evidencia-se uma luta social em potencial. Essa conclusão também é extraída de Honneth (2003, p. 257), que a define como o “processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro”, de modo que elas possam influir na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento.

Os “modos de desrespeito pessoal, infligidos a um sujeito pelo fato de ele permanecer estruturalmente excluído da posse de determinados direitos”, dizem respeito à segunda esfera de reconhecimento, pois “a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral”, ou seja, na “perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos”, conclui Honneth (2009, p. 216).

Como será visto nos tópicos subsequentes, o reconhecimento jurídico do direito de acesso dos migrantes a cargos públicos existe, na esfera constitucional, mas é incompleto (ou obstaculizado) em sua implementação, pela falta de leis e regulamentos

que permitam o pleno exercício desse direito. Daí a relação com o terceiro padrão de reconhecimento – é necessário compreender que razões levam a essa falta de solidariedade social com a comunidade migrante, quando o assunto é provimento de cargos na Administração.

No caso em questão, uma agenda que tenha por objetivo a inclusão de não nacionais em cargos públicos pode ser interpretada como uma manifestação dessa luta por igualdade e justiça, exatamente como propõem as metas 10.2 e 10.3 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis da Agenda 2030¹. Esse movimento passa por reformas jurídicas e sociais que ampliem o conceito de cidadania e reconheçam a diversidade das contribuições individuais à sociedade.

Os indivíduos que são desrespeitados por essa restrição de acesso vivem, ademais, uma situação de vulnerabilidade psicossocial, como bem explica Redin (2022, p. 19). Para a autora, essa condição tem duas dimensões: 1) a gênese do Estado-nação, que institucionaliza a exclusão do “estrangeiro” como parte do imaginário coletivo; e 2) a constituição de um “Eu” a partir dos significantes que produzem a ideia do “Outro”, reforçando a exclusão do migrante.

Essa vulnerabilidade, que frequentemente se manifesta em situações tais como o acesso a serviços públicos por migrantes internacionais, é ainda mais evidente no caso de designação de estrangeiros a cargos públicos, que simbolicamente representam o próprio Estado brasileiro.

Tais percepções contribuem sobremaneira para a compreensão do fenômeno da demora na implementação da ampliação de acesso aos cargos públicos no Brasil, mesmo passados mais de 25 anos da Emenda Constitucional que a possibilitou.

2.2 Aspectos psicossociais da exclusão dos não nacionais e a omissão como resposta estatal

Umberto Eco (2020, p. 42) relembra que a intolerância em relação ao diferente tem raízes biológicas e que, nos animais, manifesta-se no instinto de territorialidade. Ela é baseada em reações emocionais e superficiais. A intolerância é algo natural nas crianças, assim como o ímpeto que elas têm de se apropriar de tudo o que veem. É no processo educativo que se ensina um ser humano, pouco a pouco, que ele deve tolerar o outro, bem como respeitar a propriedade alheia.

¹ 10.2 Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra.

10.3 Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito (Nações Unidas, 2024).

Essas palavras, embora pareçam óbvias, evidenciam que, para tratar de xenofobia – a forma de intolerância dirigida às pessoas de outras nacionalidades e uma das hipóteses desta pesquisa para explicar a persistência das restrições ao acesso de estrangeiros a cargos públicos no Rio Grande do Sul – é preciso conhecer aspectos psicossociais envolvidos nessa temática.

Invocando ensinamentos de Douzinas, renomado autor que critica as concepções mais disseminada de direitos humanos no Ocidente, e fazendo um paralelo entre as dimensões constitutivas do “eu” e do “Estado-Nação”, Redin (2022, p. 29) ressalta que a exclusão dos estrangeiros é “tão constitutiva da identidade nacional quanto [a exclusão do outro] o é da subjetividade humana”. Assim, preparando aquilo que chamará de “xenofobia estrutural”, diz:

[p]siquicamente falando, todos nós somos mais ou menos xenófobos, temos medo daquilo que não é igual a nós, então, para que haja um grupo, alguém precisa ser excluído do grupo: o estrangeiro. O Estado, a ordem, o Pai-Simbólico, nomeia no discurso quem é esse estranho, o inimigo, dirá: o não nacional estrangeiro, isto é, o não nacional que é estrangeiro. Não são dois sinônimos, estrangeiro é aqui uma qualificadora que atribui a diferença, nomeia o indesejável, mas sem admiti-lo com todas as letras, a exemplo do racismo e do classismo embutido na definição de estrangeiridade (Redin, 2022, p. 35-36).

Essa violência intrínseca do Estado-nação se manifesta no cotidiano do imigrante, desde sua entrada no país de destino, ao lhe ser imposta uma condição psicossocial de estranhamento que lhe nega a condição de sujeito (Redin, 2022, p. 38). “Quando alguém rejeita outro por nacionalidade”, prossegue Redin (2022, p. 47), “é um modo de afirmar a sua própria nacionalidade, é um meio de usar a nacionalidade como uma relação de domínio.”

Psicologicamente, o Estado-nação é uma instituição representativa da casa, da ordem. Ele porta uma ideia amalgamada na busca incessante do “sentimento oceânico” que se apresenta como “identidade nacional”; nesse cenário, “o hóspede [estrangeiro] é sempre hóspede, hostil, convidado a chegar, bem como a se retirar.” Desse modo, “é possível situar a xenofobia estrutural que orienta a relação do nacional com o estrangeiro dentro [...] do Estado” (Redin, 2022, p. 41-43).

Como se vê, psicologia e política se entrecruzam nesse tema.

Foucault (1999, p. 304-306) também denuncia essa ligação fundamental entre Estado e intolerância (aí incluída a xenofobia), ao explicar as relações do biopoder, do “deixar morrer” e do racismo. O racismo, para esse filósofo, exerce ao menos duas funções no biopoder: 1) faz a cesura biológica no contínuo da população, permitindo identificar os grupos que se quer preservar; e 2) ativa uma reação biológica, derivada do instinto guerreiro de que, para viver, é preciso que outros morram; de que

mais se vive quanto mais se deixa espécies inferiores desaparecerem (o racismo é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização).

Em seu célebre curso de 1978-1979, Foucault (2008, p. 5-30) explica que os dispositivos de segurança que foram implementados pelos Estados modernos têm quatro características fundamentais: 1) o espaço de atuação (ela se exerce sobre a população, e não mais sobre o território, como a soberania, ou sobre os corpos, como a disciplina); 2) o controle do aleatório (busca-se prever riscos, antever possibilidades, administrar tudo de acordo com probabilidades, por isso há uma aversão ao aleatório, ao não calculado); 3) a normalização/naturalização das práticas; e 4) a correlação com a população, através da interface da governamentalidade.

Ao aprofundar sua explicação sobre a segunda característica (o controle do aleatório), Foucault (2008, p. 58) diz:

[...] todo indivíduo que aceita as leis do seu país assina um contrato social, aceita-o e o revalida a cada instante em seu próprio comportamento, enquanto aquele que, ao contrário, viola as leis, rasga o contrato social, este toma-se estrangeiro em seu próprio país e, por conseguinte, cai sob as leis penais que vão puni-lo, exilá-lo, de certo modo matá-lo.

O filósofo francês evidencia que, para o Estado moderno, o delinquente e o estrangeiro quase se equiparam enquanto riscos para a população; daí a necessidade de adotar medidas de securitização para restringir a sua participação na sociedade. Nesse contexto, a restrição de acesso a cargos públicos baseada no critério da nacionalidade se torna compreensível.

O Direito Administrativo nacional, há tempos, adota a “teoria do órgão”, ou “teoria da imputação volitiva”, desenvolvida por Otto von Gierke na Alemanha do século XIX (Di Pietro, 2024, p. 591), tendo abandonado a ideia de “mandato” ou “representação” para explicar a relação entre Estado e agente público. Segundo essa teoria, as pessoas jurídicas que formam a Administração expressam a sua vontade através de seus órgãos, que são titularizados por seus agentes públicos (pessoas humanas), de acordo com sua organização interna. Como a pessoa atua no órgão, e o órgão é parte do corpo da entidade, todas as suas manifestações de vontade do agente são consideradas como da própria entidade pública.

Assim, colocar aquele que não é nacional nesses cargos que, repita-se, simbolicamente são o próprio Estado, pode parecer paradoxal, especialmente para uma população que frequentemente esquece que funções exatamente iguais àquelas exercidas na iniciativa privada, tais como professores ou motoristas, seguem, como regra geral, o mesmo regime jurídico de carreiras típicas de Estado, como juízes, oficiais militares ou diplomatas.

Outro elemento que merece registro é o fato de que, no Brasil, cargos e empregos públicos são símbolos de estabilidade. Embora essa prerrogativa só seja adquirida após aprovação em concurso público, depois de três anos de efetivo exercício e apenas nos casos de cargos de provimento efetivo, no imaginário popular é a principal característica que diferencia os postos de trabalho na Administração de empregos da iniciativa privada.

Isso aponta para outro paradoxo, que pode ser explorado à luz dos ensinamentos de Sayad. O autor franco-argelino argumenta que a imigração dissimula para si mesma a sua verdade. Diz que ela vive numa dupla contradição: é um estado provisório que se gosta de prolongar indefinidamente e, ao mesmo tempo, um estado duradouro “que se vive com um intenso sentimento de provisoriedade” (Sayad, 1998, p. 45).

Em outras palavras, faz-se um acordo mútuo entre imigrante e sociedade de acolhida para que a longa permanência seja sempre vista (de forma ilusória) como provisória. Trata-se de uma representação coletiva que se torna realidade (Sayad, 1998, p. 46).

Ao aplicar essa percepção ao objeto desta pesquisa, é plausível cogitar que esse seja a principal explicação para a restrição quase absoluta de acesso aos cargos públicos no Brasil, vigente até 1998: como permitir que alguém que está “provisoriamente” no país possa assumir postos que garantem, potencialmente, estabilidade na Administração? Admitir migrantes em cargos de provimento efetivo seria romper com essa ilusão.

Para a sociedade de acolhida, o ideal seria que o imigrante fosse uma máquina (Sayad, 1998, pp. 58-60), porque ela o aceita enquanto força de trabalho, especialmente nos postos em que os nacionais não querem trabalhar. Mas, como o imigrante é humano, deve-se, no mínimo, assegurar-lhe igualdade de salário, para que não fique evidente a discriminação; como ele tem família, deve-se permitir a reunião familiar e a educação aos filhos. Essas são considerações morais que, no entanto, mantêm a imigração em uma relação de dominância incompleta, ainda não totalmente laicizada. Sayad (1998, p. 60) conclui com perspicácia que, como o “Maquiavel da imigração ainda não foi inventado”, e como não se consegue separar a moral da política, o melhor em relação a imigrante é não ter política alguma.

Essa seria uma boa explicação para a mora legislativa de grande parte dos entes públicos que, ao invés de adaptarem seus regimes jurídicos de pessoal à “nova” redação do art. 37, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), simplesmente se omitem, ou seja, abstêm de fazer projetos de lei a respeito da inclusão dos migrantes nos cargos públicos, para não terem que enfrentar esse problema. Tal contribuição, bem como as anteriormente citadas, é fundamental para explicar as dificuldades de inclusão de estrangeiros na Administração Pública brasileira.

2.3 A história do estrangeiro na Administração Pública brasileira

Com esses marcos teóricos estabelecidos, a pesquisa proposta passa necessariamente pela contextualização histórica do papel que a nacionalidade, como requisito de acesso aos cargos públicos, tinha e agora tem na Administração Pública.

Inicialmente, é relevante destacar que a burocracia do Estado brasileiro, na forma como hoje é compreendida, possui menos de 100 anos de existência. Até a Revolução de 1930, segundo Paiva (2010, p. 778), a “visão patrimonialista, paternalista e personalista da época” – característica do período colonial, do Império e da República Velha –, inviabilizava a construção técnica ou racionalizada de quadros de funcionários públicos. As relações entre o governo central e as elites regionais eram tão privatistas que dispensavam atividades administrativas estruturadas em bases burocráticas. O corpo de funcionários do Império, por exemplo, só alcançava áreas diminutas do território nacional e cobria poucos setores funcionais (Paiva, 2010, p. 781).

Esse panorama deve ser analisado à luz do contexto histórico da época. Tradicionalmente, como observa Foucault (2008, p. 340), até meados do século XVIII, o poder estatal se restringia a três funções básicas: o Fisco, a Justiça e o Exército. Somente a partir do final dos anos 1700, primeiro na Europa, surge demanda por funcionários públicos em áreas como saúde, educação, vigilância sanitária e transportes, refletindo uma nova governamentalidade. Se a isso for somado o atraso que as práticas colonialistas trouxeram para a evolução daquilo que viria a ser o Estado brasileiro, percebe-se facilmente a razão pela qual só no século XX é que ele poderia vir a ser considerado como um Estado moderno.

Do ponto de vista jurídico, sabe-se que durante os períodos colonial e imperial ainda não havia codificação da legislação civil ou a ideia de primazia hierárquica da Constituição sobre as leis ordinárias. As noções de nacionalidade e os requisitos para a ocupação de determinados cargos públicos no sistema de Justiça, na área militar e no Tesouro, eram definidos pelas Ordenações Afonsinas (vigentes até o início do século XVI), Manuelinas (de 1512 a 1603) e, posteriormente, pelas Ordenações Filipinas, que vigoraram até o advento do Código Civil de 1916.

O primeiro conceito de nacionalidade, ou, como se dizia, de “naturais do Reino”, estava no Título LV do Segundo Livro das Ordenações Filipinas (Almeida, 1870, p. 489). De modo geral, eram considerados naturais os indivíduos nascidos nos “Reinos de Portugal”, salvo aqueles filhos de pais estrangeiros que residissem no reino por menos de 10 anos consecutivos. Além disso, também eram naturais os filhos de funcionários do Reino em serviço no exterior.

As Ordenações, entretanto, não traziam uma regra geral sobre os requisitos para ocupar funções públicas. Os cargos eram descritos casuisticamente, e as condições de acesso variavam, podendo incluir ou não a nacionalidade como critério. Assim,

por exemplo, observa-se em relação aos integrantes da Casa de Suplicação, órgão do sistema de Justiça imperial português:

Primeiro Livro das Ordenações - Título I – Do Regedor da Casa de Suplicação [...] Pelo que se deve sempre procurar, que seja homem fidalgo, de limpo sangue (2), de sã consciência, prudente, e de muita autoridade, e letrado, e for possível: e sobretudo tão inteiro que sem respeito de amor, ódio, ou perturbação outra do ânimo, possa a todos guardar justiça igualmente. E assi deve ser abastado de bens temporais, que sua particular necessidade não seja causa de em alguma cousa perverter a inteireza e constância com que nos deve servir. Isso mesmo deve o Regedor ser nosso natural, para que como bom e leal deseje o serviço de nossa pessoa e stado. E assi deve temperar a severidade que seu cargo pede, com paciência e brandura no ouvir as partes, que os homens de baixo stado, e pessôas miseráveis achem nelle fácil e gracioso acolhimento [...] (Almeida, 1870, loc. 79, p. 1).

Como se pode ver do excerto acima, as condições para tornar-se o que hoje seria o equivalente a um Ministro do STF eram a de que a pessoa fosse detentora da nacionalidade portuguesa (“nosso natural”), de origem nobre (“fidalgua”) e sem passado judaico ou muçulmano (“limpo sangue”), além de rica (“abastado de bens temporais”).

No Título XXXV do Primeiro Livro das Ordenações, ser “natural do Reino” aparece igualmente como requisito para o cargo de Governador da Casa do Porto (Almeida, 1870, p. 79). E, embora não seja um cargo público, a função essencial à Justiça de advogado era privativa de brasileiros, conforme o Aviso Imperial de 166, de 29 de maio de 1866 (Almeida, 1870, p. 612).

A desconfiança em relação ao migrante internacional, tratada no tópico anterior deste estudo, já aparece aqui com toda a clareza. Esses exemplos retirados das Ordenações Filipinas e Avisos Imperiais explicitam que o requisito da nacionalidade do servidor sempre esteve ligado, no Império português e no Brasil, a uma questão de lealdade para com a pessoa do Rei ou, alternativamente, à confiabilidade perante a população.

A independência proclamada em relação a Portugal nada influenciou na forma de contratação de servidores no país, até porque o “Brasil pass[ou] à condição de Império pelas mãos do mesmo grupo de homens que o dirigia quando Reino Unido” (Silva, 1973, p. 188). De igual maneira, um decreto de outubro de 1822 declarou “em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25-4-1821 (data da partida de D. João VI) e as leis promulgadas por D. Pedro daquela data em diante”, de modo que continuava em vigor no Império, “salvo naquilo em que tivesse sido expressamente revogada” (Silva, 1973, p. 189). O mesmo autor explica que:

[e]m termos de esquema, pode ser dito que a legislação sobre o funcionalismo público brasileiro, no regime inaugurado pelo grito de 7 de setembro de 1822 e encerrado pela abdicação do imperador, se equilibra em dois suportes básicos: a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1831. Fora de tais leis o que houve, com poucas exceções, foi a criação de cargos públicos com os respectivos ordenados ou vencimentos e, às vezes, com a definição de atribuições. Essa praxe não se amoldava a nenhum sistema. Cada vez que fosse necessário criar e prover um cargo, ou prover cargo já existente, era expedido o competente decreto, ou decisão, ou mesmo uma simples carta imperial. O cargo era citado e o provimento era feito como hoje habitualmente ocorre numa empresa privada: se há necessidade de um arquivista, manda-se admiti-lo e inclui-lo na folha de pagamento (Silva, 1973, p. 187).

Cretella Jr. (1992, pp. 2150-2151) mostra que, na primeira Constituição Brasileira, aquela outorgada pelo Imperador Pedro I em 1824, havia menção ao princípio de que os cargos públicos eram acessíveis a todos os cidadãos, na medida de seus “talentos e virtudes”, sem referência expressa à nacionalidade (os cidadãos, porém, eram definidos como os brasileiros em outro artigo da Carta, mesclando as ideias de nacionalidade e de cidadania).

Essa Constituição, porém, era pouco respeitada na prática. Silva (1973, p. 188) assinala:

[...] era o imperador quem criava e preenchia os cargos públicos em todo o país. Todavia a primeira referência da Constituição a tais cargos (art. 15, parágrafo XVI) declara ser “atribuição da Assembleia Geral” — criar ou suprimir empregos públicos, e estabelecer-lhes ordenados”. Este dispositivo, porém, nem sempre foi cumprido, ou por não estar reunida a Assembleia, ou por exorbitância do imperador.

Igualmente, ainda que ligasse cargos públicos a cidadania brasileira, a Constituição não impediu que, por mais de uma vez, o Imperador contratasse mercenários de fora do país quando precisou defender as fronteiras da nova Nação. O primeiro episódio de que se tem notícia foi a ampliação do “Corpo de Estrangeiros”, criado ainda em janeiro de 1822, para fazer frente à Guerra da Cisplatina, que contava com mercenários suíços e alemães, e que, depois de novas contratações em 1827 e 1828, somente seria dissolvido em 1830, após uma série de revoltas (Lenz, 2006, p. 1).

O segundo episódio ficou conhecido como a “Legião dos Brummers”, contratada em 1851 (Lemos, 2017, p. 83-88). A Lei nº 586, referente ao orçamento para o exercício de 1851, autorizou o Governo, em seu art. 17, §4º, “fazer as despesas necessárias a fim de elevar a vinte seis mil homens a Força de primeira Linha, podendo contratar nacionais ou estrangeiros, e distribuir-lhes terras, segundo o contrato”, alertando, porém, que os “estrangeiros só poderão ser empregados nas fronteiras”. Graças a

essa lei, o Império trouxe ao país soldados veteranos de guerras na região Schleswig-Holstein para lutar no Uruguai e na Argentina. Findo o conflito, o Rio Grande do Sul acabou sendo o principal destino dessa segunda onda imigratória alemã, totalmente diferente da primeira, ocorrida no final da década de 1820. As críticas à contratação, porém, foram poucas. Segundo Lemos (2017, p. 89), no ataque à contratação desses europeus o elemento central parece ser, mais uma vez, a desconfiança em relação à lealdade dos indivíduos para com o país.

Seja como for, as contratações de não nacionais parecem ter cessado definitivamente após 1853, quando adveio regra expressa de que “os estrangeiros não podiam exercer cargos públicos”, através do Aviso nº 134, de 3.6.1853, do Ministro da Fazenda, que veio a ser reiterado pela “Decisão do Governo” nº 134, de 11.3.1878 (Loreto, 1978, p. 392).

Com a Proclamação da República e o banimento da Família Imperial, o poder passou às mãos de militares positivistas, crescendo também o papel político da elite econômica do País.

Na primeira Constituição republicana, de 1891, surge a previsão explícita de que os cargos eram acessíveis a todos os brasileiros. João Barbalho, Ministro do Supremo Tribunal Federal na República Velha e considerado o primeiro constitucionalista brasileiro, justificou a restrição aos direitos políticos dos migrantes dizendo que “não ha razão para se lhes conceder interferencia, por menor que seja, no regímen político da nação em que são meros hospedes. Seria levar muito longe a cortezia e bom tracto da hospedagem” (Barbalho, 1902, p. 280).

Em relação à restrição de acesso aos cargos públicos, foi ainda mais explícito:

Os estrangeiros, na qualidade de hóspedes, nada têm que ver com o governo da casa; si este não lhes agrada, ou procurem outro paiz que entendam ser melhor governado, ou calem-se e não se intromettam nem procurem influir na direcção do que não lhes toca. Merecem bom gasalhado, se bem procedem; mas sua intrusão nos negocios publicos, além de ser invasão no dominio das prerrogativas próprias e privativas do cidadão do paiz, pode vir em certos casos a crear dificuldades ao governo nacional (Barbalho, 1902, p. 301).

Percebe-se, pois, que a partir da segunda metade do século XIX, a restrição aos direitos dos migrantes internacionais deixa de ser uma questão de mera desconfiança; passa a ser movida também por sentimentos nacionalistas.

A reserva dos cargos públicos apenas a brasileiros é repetida na Constituição de 1934, a qual passa a exigir um “exame” para o provimento originário (seria a origem do concurso público nas constituições brasileiras). As Constituições seguintes, de 1937, 1946, 1967 (e sua emenda, em 1969) e a de 1988 seguiriam a mesma fórmula daquela de 1934 (Cretella Jr., 1992, pp. 2150-2151).

Na Primeira República, como se pode ver pela ausência da previsão constitucional de concursos públicos como requisito de contratação, não chegou a ocorrer uma mudança significativa na cultura administrativa, em relação ao Império. Somente a partir da ascensão de Getúlio Vargas ao poder, com a Revolução de 1930, e no contexto das disputas do Governo Central com as oligarquias regionais, representadas pelos antigos barões do café, é que ideia de um corpo administrativo técnico ganha força e se consubstancia na criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Paiva, 2010, p. 783).

Paralelamente a isso, as características fascistas e nacionalistas do Estado Novo, instaurado em 1937, deixariam suas marcas na formação da Administração Pública brasileira, inclusive no que tange às permanentes suspeitas em relação a não nacionais². Como disse Loreto (1978, p. 393), “já não havia clima nem condições para o liberalismo romântico, inaugurado na Primeira República. Era o início de nova fase”.

Dentro de uma racionalidade securitária típica desse regime, a discriminação de pessoas de acordo com sua origem e o requisito da nacionalidade brasileira para o acesso aos cargos públicos foram normalizados durante a maior parte do século XX:

Em todas as Constituições, a primeira condição que se exige de quem vai ocupar um cargo público é que seja nacional. Compreende-se, perfeitamente, o fundamento dessa exigência. O funcionário tem o dever de ser fiel para com o Estado que o recebe em seus quadros. Como exigir de um estrangeiro o dever de fidelidade para com Estado que não é o seu? Tratando-se do Brasil, a primeira condição que se exige para certos cargos é a de cidadão brasileiro, condição erigida em preceito constitucional desde o nosso primeiro diploma republicano e sempre mantida pelos diplomas subsequentes (Cretella Jr., 1992, p. 2169).

Por isso tudo, não é de se admirar que, durante o Regime Militar de 1964-1985, ainda fosse possível encontrar opiniões acadêmicas como a de Loreto (1978, p. 402), que concluiu, após citar diversos autores de direito internacional de sua época, que “se os estrangeiros foram enquadrados nas mesmas condições dos brasileiros, estará sendo desrespeitado preceito maior e mais amplo”. O principal argumento utilizado é o de que, mesmo em nações liberais, como os Estados Unidos da América, o Reino Unido, a Bélgica, a França, e até a vizinha Venezuela dos anos 1970, estrangeiro algum pode ocupar funções públicas de relevância, ou mesmo ter propriedades estratégicas (Loreto, 1978, p. 399-401).

² Houve uma sequência de atos do Estado Novo no sentido de expurgar estrangeiros que ainda tivesse algum papel na vida pública brasileira. Loreto (1978, p. 393) cita o Decreto-lei nº 383, de 18.4.1938, que vedou aos estrangeiros “imiscuir-se, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do País”, e o Decreto-lei nº 1202, de 8.4.1939, cujo art. 40 estabelecia que só os brasileiros natos ou naturalizados poderiam exercer funções, empregos ou cargos públicos nos estados e municípios, bem como nas entidades por eles criadas ou mantidas.

A razão para a restrição de acesso aos cargos públicos, a partir dos anos 1930, como se vê, já não é mais apenas ligada à desconfiança no indivíduo de outra nacionalidade, como era até meados de 1850, ou ao sentimento de nacionalismo, como se viu na Primeira República. Agora, o migrante internacional é um risco a ser controlado *in abstracto*, dentro de concepções securitárias, como aquelas descritas por Foucault e revisadas no tópico anterior.

As quatro principais leis nacionais³ que trataram do tema, entre o Estado Novo e o Regime Militar, refletiram esse espírito securitário, por vezes racista, criando diversas regras de controle dos migrantes, por meio de cotas de imigração, e inibindo qualquer possibilidade de sua participação na vida pública brasileira. Esse estado de coisas só passaria a ser questionado, primeiramente em nível acadêmico, a partir do advento das grandes declarações de Direitos Humanos do século XX, que deram um novo significado ao direito à igualdade.

Desde 1992, por exemplo, Miguel Reale (1992, p. 379-380) já problematizava a interpretação de que as Constituições brasileiras proibiam, expressamente, o ingresso de não nacionais em seus quadros de pessoal. Ele a considerava precipitada. Para o autor, a redação original do art. 37, I, da CF/88, assim como textos constitucionais anteriores, que falavam apenas em “brasileiros” como sendo aqueles que tinham direito de acesso aos cargos, empregos e funções na Administração, estava sendo lida equivocadamente, seguindo a parêmia latina *inclusio unius, exclusio alterius*. Assim, chegou a dizer que

[...] 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 [...] estabelece, no art. 59, entre os requisitos básicos para investidura em cargo público: I – a nacionalidade brasileira [...]

Reale (1992, p. 380) defendia que “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”, mas não acreditava que a norma em apreço negasse o exercício a título efetivo de quaisquer atividades públicas aos estrangeiros – o que fazia, apenas, era permitir que o legislador ordinário disciplinasse a matéria conforme lhe parecesse conveniente.

Invocando as lições de Hannah Arendt sobre a imanência dos direitos de cidadania (o “direito a ter direitos”), Reale (1992, p. 381) disse que é obrigação do intérprete ler o art. 37, I, da CF/88, em sua redação original, “com espírito universalista e liberal, e não nativista a xenófobo”. Defendeu que a “igualdade entre brasileiros e estrangeiros” enunciada no art. 5º, e confirmada na extensão dos mais de 70 direitos

³ Decreto-Lei nº 406/38, Decreto-Lei nº 7.967/4, Decreto-Lei nº 641/69 e, por fim, o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), criou o sistema que vigeria até a Lei de Migração.

garantias fundamentais a ambos os grupos, deveria ser o parâmetro de interpretação do princípio de acessibilidade aos cargos públicos no Brasil e, a partir disso, que a Lei 8.112/90 era inconstitucional e não extensiva aos Estados (Reale, 1992, p. 383).

Com essa conclusão, Reale validou um parecer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a respeito da possibilidade de alteração do Regimento Interno da Universidade de São Paulo através da Resolução 3.801, de 1991, que permitiu a contratação de professores de fora do Brasil, apesar da redação então vigente da CF/88 e da Lei 8.112/90 (Di Pietro, 2024, p. 609).

Dito isso, não surpreende que, poucos anos mais tarde, uma Emenda Constitucional tenha alterado o art. 37, I, da CF/88, para expressamente prever a possibilidade de admissão de pessoas sem nacionalidade brasileira em cargos, empregos e funções públicas⁴. Essa modificação “espancou as divergências doutrinárias até então reinantes a respeito da possibilidade de acesso dos estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas. A possibilidade de acesso existe e deve ser regulada por lei” (Mendes, 2023, p. 851).

Não obstante, essa ampliação de acesso ficou condicionada à edição de leis ordinárias, o que levou ao entendimento predominante de que a regra seria uma norma de “eficácia limitada”. Essa interpretação é registrada por Alexandre de Moraes, em suas obras acadêmicas:

O acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas não ocorrerá imediatamente a partir da EC nº 19/98, por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que es-

⁴ Na exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 19/98, o afastamento do óbice à contratação de não nacionais aparece de forma confusa, porque, na verdade, universidades públicas e instituições de pesquisa já podiam contratar professores e pesquisadores com base na Emenda Constitucional nº 11/96:

“Os dispositivos abrangidos por esta emenda constitucional têm como ênfase a revisão dos princípios e normas que regem a administração pública e o regime jurídico dos servidores, com a finalidade de remover constrangimentos legais e rever procedimentos relativos à admissão de pessoal, política remuneratória, estabilidade e descentralização de funções e serviços para estados e municípios. No que tange à revisão das disposições gerais que afetam a administração pública, fica autorizada a suspensão da exigência de nacionalidade brasileira como requisito para o acesso a cargos, empregos e funções públicas, nos casos a serem definidos em lei. A medida beneficiará, em particular, as instituições de ensino e de pesquisa, que se resumem das emendas constitucionais que hoje impossibilitam a atração de profissionais estrangeiros especializados para a ocupação de funções permanentes”.

De qualquer forma, assim ficou a redação do dispositivo constitucional em análise:

“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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

tabelecerá a necessária forma. Essa lei não poderá, logicamente, estabelecer diferenciações arbitrárias e abusivas, privilegiando determinados estrangeiros em detrimento de outros, tão somente em razão do país de origem. Ressalte-se, por fim, que essa nova previsão constitucional aplica-se igualmente aos estrangeiros residentes ou não no país, uma vez que a norma constitucional poderá ser utilizada, a partir da edição da necessária lei, para permitir a acesso a cargos, empregos ou funções públicas em repartições brasileiras no exterior (como por exemplo: tradutor oficial, contínuos, motoristas, recepcionistas de consulados etc.). Existe, assim, um verdadeiro direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, sendo o cidadão e o estrangeiro, na forma da lei, verdadeiros agentes do poder, no sentido de ampla possibilidade de participação da administração pública (Moraes, 2024, p. 406).

Luís Roberto Barroso (2022, p. 77) relembra que, no final dos anos 1960, José Afonso da Silva publicou seu clássico “Aplicabilidade das normas constitucionais”, no qual classifica essas normas, em relação à sua eficácia e aplicabilidade, em três grupos: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

As normas de eficácia limitada, segundo essa classificação, não possuem normatividade suficiente para aplicação imediata, cabendo ao legislador ordinário completar sua regulamentação. No entanto, essa ideia tem sido criticada por outros constitucionalistas. Barroso (2022, p. 77), por exemplo, prefere afirmar que “todas as normas constitucionais possuem eficácia, em maior ou menor intensidade”.

Barroso também argumenta que as “supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista” (2022, p. 173). Apesar de polêmica, a frase ilustra a visão de vários Ministros sobre seu papel como intérpretes da Constituição. No caso em questão, essa visão reforça a inclusão dos não nacionais na sociedade, em oposição à exclusão (idem, p. 177):

Houve tempos, no processo de evolução social, em que (i) a escravidão era natural; (ii) mulheres eram propriedade dos maridos; (iii) negros não eram cidadãos; (iv) judeus eram hereges; (v) deficientes eram sacrificados; e (vi) homossexuais eram mortos. Mas a história da humanidade é a história da superação dos preconceitos, do obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente. Ao longo dos séculos, ao lado da vontade do monarca, da vontade da nação ou da vontade das maiorias, desenvolveu-se uma razão humanista que foi abrindo caminhos, iluminando a escuridão, empurrando a história.

Todo esse problema poderia ter sido resolvido em nível nacional com a edição da Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017), que, em sua redação aprovada no Congresso, previa, no art. 4º, § 2º, que “Ao imigrante é permitido exercer cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, excetuados aqueles reservados para brasileiro nato, nos termos da Constituição Federal”. No parágrafo seguinte, complementava esse direito com a garantia de que “[n]ão se exigirá do migrante prova documental impossível ou descabida que dificulte ou impeça o exercício de seus direitos, inclusive o acesso a cargo, emprego ou função pública”.

Por ocasião da sanção pelo Presidente Michel Temer, porém, os dispositivos acima foram vetados, por motivos que serão analisados no último capítulo deste texto.

Encerrada a apresentação dos pressupostos teóricos, tratar-se-á nos capítulos subsequentes das pesquisas documentais e de campo conduzidas para a compreensão dos motivos pelos quais, passados mais de um quarto de século da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, a plena equiparação do acesso entre brasileiros e não nacionais ainda não chegou, com força, ao Rio Grande do Sul.

3. Mapeamento da situação atual do direito de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos no Rio Grande do Sul

Neste segundo capítulo, após os apontamentos sobre conceitos teóricos a respeito de nacionalidade, xenofobia e dos critérios de restrição de acesso a cargos públicos no Brasil, será relatada a pesquisa documental empreendida nos estatutos que regem as relações entre a Administração e os servidores públicos federais, estaduais e municipais no Rio Grande do Sul.

No Brasil atual, a disciplina da relação jurídica entre a Administração e seus servidores é matéria reservada à legislação infraconstitucional, dentro de parâmetros mínimos fixados pela Constituição Federal. Em decorrência dos princípios federativos e da separação de poderes, há um esquema rigoroso de competências que pressupõe, em resumo, a elaboração de projetos de lei pelo chefe do Poder Executivo interessado, sua aprovação pelo Poder Legislativo correspondente e a sanção pelo mesmo chefe do Executivo que propôs o projeto original (Moraes, 2024, p. 714).

O STF, através de algumas teses de repercussão geral⁵, reforça a validade desse quadro, permitindo a conclusão de que servidores federais são regidos por uma lei federal, servidores estaduais por leis ordinárias ou complementares de seus respectivos Estados e, da mesma forma, que servidores municipais tenham estatutos baixados por leis ordinárias ou complementares municipais (Di Pietro, 2024, p.

⁵ Tese nº 917. “Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal)” (Brasil, 2017b).

Tese nº 223. “É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município”. (Brasil, 2015)

609). A natureza da lei — ordinária ou complementar — é definida pela Constituição Estadual e pela Lei Orgânica correspondente.

Diante desse panorama, a pesquisa documental realizada neste estudo demandou a análise dos estatutos jurídicos de todos os 497 municípios gaúchos, bem como do próprio Estado do Rio Grande do Sul e da União, para fins de conferência dos requisitos exigidos para a assunção de cargos nas respectivas administrações locais. Isso foi feito ao longo do de 2023 e 2024, por meio do preenchimento progressivo de uma planilha contendo nome e população de cada município, o número e ano da lei que instituiu o Estatuto do Servidor Municipal, a data de acesso ou conferência do texto, o endereço eletrônico a partir do qual o texto legal foi acessado e o tipo de exigência que é feita, em cada município, quanto à nacionalidade do candidato. A mesma planilha foi utilizada para comparar estatutos jurídicos estaduais e o federal.

No âmbito federal, onde a pesquisa documental foi mais simples e rápida, constatou-se que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, suas autarquias e fundações públicas, manteve inalteradas as condições de acesso desde sua redação original, anterior à Emenda Constitucional nº 19/98⁶.

A única “novidade” foi a inclusão, em 1997, logo após a Emenda Constitucional nº 11, de 1996, de uma regra especial para o sistema federal de educação, ciência e pesquisa:

§ 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 (Incluído pela Lei nº 9.515/97).

Assim, é possível concluir que a União ainda não aplica amplamente o direito de acesso de estrangeiros aos seus cargos, salvo situações excepcionais nas áreas de ensino, ciência e pesquisa, conforme o Tema 1.032 da Repercussão Geral do STF.

No nível estadual, a pesquisa revelou que o Estado do Rio Grande do Sul só deu cumprimento à nova redação do art. 37, I, da CF/88 após 13 anos da promulgação da EC 19/98. Isso ocorreu através da Lei Complementar nº 13.763, de 19 de julho de 2011⁷.

⁶ Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: I - a nacionalidade brasileira; II - o gozo dos direitos políticos; III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais; IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; V - a idade mínima de dezoito anos; VI - aptidão física e mental. § 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.

⁷ “Art. 1º Fica garantido o acesso de estrangeiros em situação regular no território nacional aos cargos, funções e empregos públicos na Administração Estadual Direta e Indireta, nos termos e atendidas as exigências contidas na legislação federal pertinente, e nesta Lei Complementar.

Apesar de enunciar “igualdade de condições” e proibir “qualquer tipo de discriminação” nos seus arts. 1º e 2º, a lei gaúcha de 2011 manteve um viés securitário ao exigir do candidato “situação regular no território brasileiro” e afastar os migrantes de funções policiais, arrecadatórias, fiscais ou de representação judicial – justamente as mais bem remuneradas. Há uma contradição entre o *caput* e o parágrafo único do art. 2º, pois este também estabelece que a nacionalidade brasileira será critério de desempate obrigatório, evidenciando uma discriminação em favor dos nacionais. Essas questões serão analisadas com mais profundidade no próximo capítulo, durante a apresentação da pesquisa qualitativa.

No nível municipal, há que se considerar, inicialmente, que o Rio Grande do Sul conta, desde 2013, com 497 municípios. Seria de esperar, portanto, que este estudo abrangesse a análise de 497 estatutos jurídicos de servidores públicos municipais, mas a pesquisa documental revelou que, na verdade, só existem 495 estatutos municipais em vigor no Estado. A diferença entre o número de municípios existentes e o número de estatutos decorre de duas situações bastante peculiares: o Município de Hulha Negra não possui estatuto próprio, porque optou por continuar utilizando o Estatuto do Servidor do Município de Bagé, de onde havia se emancipado; já Canudos do Vale adota o regime celetista como seu regime jurídico único.

Dos 495 estatutos municipais gaúchos, verificou-se que 14 não trazem previsão expressa quanto à nacionalidade exigida para a admissão em cargos públicos. Esse silêncio, quando melhor investigado, revelou duas situações distintas: em Ibirubá, Bom Princípio, Bom Jesus, Tapera, Pedro Osório, São Paulo das Missões, Selbach, Muitos Capões e Victor Graeff, a omissão é apenas aparente. Embora não haja exigência expressa de que o candidato seja brasileiro, é exigida regularidade eleitoral e militar na posse, o que leva à conclusão de que negam indiretamente o direito de

Art. 2º O estrangeiro participará, em igualdade de condições às do brasileiro, de concursos públicos e de seleções públicas estaduais para fins de contratação, sendo proibido qualquer tipo de discriminação, conforme o art. 37, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

Parágrafo único. A nacionalidade brasileira será, obrigatoriamente, critério de desempate nos concursos e nas seleções públicas de que participem brasileiros, estrangeiros e cidadãos portugueses.

Art. 3º O estrangeiro, que tiver obtido no exterior diploma ou qualquer outro título que indique o grau de escolaridade exigido para o cargo ou função a ser ocupado ou desempenhado, deverá apresentar a respectiva convalidação por parte da autoridade educacional brasileira competente.

Art. 4º É vedado o acesso de estrangeiros aos cargos, funções e empregos públicos cujas atribuições envolvam atividades de: I - fiscalização e arrecadação; II - exercício de poder de polícia; III - inscrição e cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa; IV - representação judicial e extrajudicial do Estado.

Art. 5º Aplicam-se aos estrangeiros as disposições contidas na Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994 – Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul –, e respectivas alterações, que não conflitem com sua condição de estrangeiro.

Art. 6º Fica alterado o “caput” do art. 4.º da Lei Complementar n.º 10.098/1994, para a seguinte redação:

‘Art. 4.º Os cargos públicos estaduais, acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais para a investidura e aos estrangeiros na forma de Lei Complementar, são de provimento efetivo e em comissão’ (Rio Grande do Sul, 2011).

acesso a estrangeiros. Já em Pelotas, Quaraí, Capão do Leão, Capela de Santana e Bom Progresso, não há qualquer outra exigência que impeça a posse de migrantes internacionais, permitindo-se concluir que há um reconhecimento implícito desse direito.

Dos 481 estatutos que trazem previsão sobre a nacionalidade exigida para a assunção de cargo público, 186 permitem a admissão de pessoas de qualquer nacionalidade. A maioria desses estatutos foi editada após a EC 19/98, mas 12 passaram a reconhecer esse direito apenas em alterações legislativas mais recentes.

Por outro lado, 295 estatutos ainda restringem o acesso a cargos públicos a brasileiros (ou equiparados). Desses, 148 foram editados após a EC 19/98, em afronta direta ao art. 37, I, da CF/88, enquanto os demais 147, anteriores à emenda, permanecem desatualizados.

Tudo isso pode ser resumido na seguinte tabela:

Tabela 2 - Síntese

	Nº de MUNICÍ- PIOS	PERCEN- TUAL
Permitem acesso de estrangeiros a seus cargos	186	37,42%
Permitem, implicitamente, o acesso de estrangeiros	5	1,01%
Não permitem acesso a estrangeiros, por terem leis desatualizadas (anteriores à EC 19/98)	147	29,58%
Não permitem acesso a estrangeiros, com leis posteriores à EC 19/98 e contrárias ao seu texto	148	29,78%
Restringem, implicitamente, o acesso a estrangeiros	9	1,81%
Não têm estatutos jurídicos próprios ⁸	2	0,4%
TOTAL	497	100%

Fonte: autor, 2025.

Com base no Censo 2020 (Brasil, 2024), estima-se que 3.944.396 habitantes do Rio Grande do Sul vivem nos 192 municípios onde há, explícita ou implicitamente, direito de acesso a cargos públicos, independentemente da nacionalidade, enquanto 6.936.020 habitantes residem em 305 municípios onde a nacionalidade brasileira (ou equiparada) ainda é exigida, direta ou indiretamente. Ou seja, as restrições ao

⁸ Para fins de análise, Canudos do Vale foi computado como sendo um dos municípios que reconhecem o direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos, já que a legislação trabalhista não traz discriminação a esse respeito. Hulha Negra, por outro lado, foi considerado como um dos municípios que negam esse reconhecimento, pois o Estatuto bageense assim estabelece.

direito de acesso dos migrantes a cargos públicos afetam locais onde vive 63,7% da população do Estado.

4. Mora legislativa, xenofobia ou outros fatores? Análise das razões para a persistência das restrições de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos no Rio Grande do Sul

Ultrapassada a etapa quantitativa da pesquisa, que consistiu no mapeamento da legislação pertinente ao tema deste estudo, chega-se à última fase deste trabalho: a análise qualitativa dos dados selecionados. Nessa etapa, o objetivo específico era identificar os motivos que levam à persistência das restrições ao direito de acesso de estrangeiros a cargos públicos nas entidades da Administração que ainda não editaram leis em conformidade com a redação atual do art. 37, I, da CF/88. Tal descoberta serviria de substrato para responder ao problema principal desta pesquisa, que consiste em verificar se é a xenofobia, a simples mora legislativa ou são outros fatores que explicam esse quadro jurídico de não reconhecimento de direitos.

Isso exigiria investigar as razões pelas quais cada um dos municípios gaúchos em situação de omissão legislativa, ou com estatutos de servidores contrários à CF/88, permanecem nessa condição. Tal investigação implicaria a necessidade de entrevistar ou solicitar informações a 305 prefeituras, o que se revelou inviável devido ao tempo disponível para a conclusão do estudo e, possivelmente, contraproducente, uma vez que dois terços dessas cidades são muito pequenas (com menos de 10.000 habitantes e, em muitos casos, sem comunidades de estrangeiros).

Diante disso, optou-se por um critério de seleção discricionário: focar nos municípios mais populosos que, juntos, representassem mais da metade da população do Rio Grande do Sul. Assim, considerando uma população de 10.880.416 habitantes, conforme o Censo de 2020, verificou-se que 5.639.003 pessoas (51,8%) residiam em apenas 25 municípios (Brasil, 2024).

Pelo critério de seleção/exclusão adotado na fase qualitativa da pesquisa, os 8 municípios que já possuíam, no início de 2024, leis locais prevendo o acesso de migrantes internacionais a cargos públicos não precisariam ser abordados. Das 17 municipalidades restantes, 8 foram consideradas prioritárias por possuírem estatutos elaborados após a EC 19/98 – ou seja, leis que afrontam diretamente o art. 37, I, da CF/88. São elas: Viamão, Alvorada, Bento Gonçalves, Uruguaiana, Erechim, Lajeado, Ijuí e Santa Rosa. As outras 9 possuem estatutos “desatualizados”, sendo os de Porto Alegre, Pelotas e Bagé anteriores à própria CF/88, e os de Caxias do Sul, Santa Maria, Gravataí, Sapucaia do Sul, Santana do Livramento e Cachoeira do Sul datados do início da década de 1990.

4.1 Análise discursiva de informações prestadas sobre o tema por agentes públicos nos municípios mais populosos do Rio Grande do Sul

Para executar a pesquisa, foram solicitadas informações, por escrito, a agentes públicos responsáveis pela atualização e revisão dos estatutos de servidores públicos dos 17 municípios escolhidos. As perguntas feitas focaram na ciência do Poder Público Municipal acerca da alteração da CF/88 pela EC 19/98, da falta de lei regulamentadora local, os motivos dessa omissão, o ambiente político para eventual discussão dessa matéria e sobre a reação esperada em caso de recomendação do Ministério Público ou condenação que impusesse a edição de ato normativo.

Entre novembro e dezembro de 2024, a maioria das respostas (ou recusas em responder) foi encaminhada ao solicitante. A pesquisa qualitativa, porém, restou bastante prejudicada pela falta de colaboração dos agentes públicos, razão pela qual decidiu-se pela inclusão de mais municípios nas solicitações de informações, chegando-se a um total de 25 abordados.

Das coletas realizadas, duas evidenciaram que os respectivos municípios não estavam mais em situação de omissão legislativa – foi o caso de Santa Rosa e Farroupilha.

No Município de Santa Rosa, onde foi aberto um pedido de informações na Ouvidoria da Prefeitura, um procurador municipal entrou em contato rapidamente com o pesquisador por mensagem eletrônica, para esclarecer que houvera uma recente alteração legislativa no município, modificando os requisitos de acesso aos cargos públicos no Estatuto do Servidor. A Lei Complementar local nº 199/2024 alterou, no final de junho, os requisitos de nacionalidade previstos no Estatuto. O agente público que manteve contato explicou⁹ que a alteração legislativa ainda não constava na versão compilada e atualizada do Estatuto, o que levou o pesquisador a acreditar que, até o segundo semestre de 2024, o Município de Santa Rosa ainda estivesse em situação de mora legislativa em relação à regulamentação do art. 37, I, da CF/88.

No município de Farroupilha, por sua vez, três horas após a abertura de um pedido de acesso a informações pelo Fala.BR¹⁰, solicitando a indicação de autoridade para tratar do tema da pesquisa, o expediente foi respondido e encerrado no sistema. A resposta apontou a falha do pesquisador em mencionar o Estatuto do Servidor Municipal de Farroupilha como objeto da fase qualitativa. Foi demonstrado pelo agente responsável que, por meio da leitura conjunta de dois dispositivos da Lei Municipal nº 3.305/2007, os migrantes poderiam, sim, participar de certames e ser admitidos em cargos no Município de Farroupilha.

Essas duas situações mostraram que, ao contrário do que ocorre quando há omissão legislativa – em que são necessários vários contatos e semanas de espera por uma

⁹ Processo de N.º 75828/2024 solicitando Acesso à Informação.

¹⁰ NUP 02975.2024.001067-28, criado e encerrado em 11 de novembro de 2024.

informação –, quando a municipalidade identifica que já está em conformidade com o que estabelece o art. 37, I, da CF/88, a resposta ao pesquisador é bastante célere.

Apenas sete municípios que não implementaram o direito de acesso dos migrantes internacionais a seus cargos públicos ofereceram explicações para essa situação.

O Município de Uruguaiana destacou-se na pesquisa qualitativa por possuir o Estatuto do Servidor Público mais recente entre aqueles que demonstravam aparente incompatibilidade com o artigo 37, inciso I, da Constituição Federal de 1988, em sua redação atual. Esse estatuto foi aprovado vinte anos após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 19/98, tornando-se, em tese, o caso mais evidente de afronta ao direito de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos no Rio Grande do Sul.

Para obter as informações, protocolou-se um pedido¹¹, que foi respondido com a indicação de um servidor da Secretaria Municipal de Administração. O servidor relatou que acompanhou a tramitação do Projeto de Lei Complementar 11/2017, que resultou no estatuto atual, e confirmou a inexistência de previsão legal para a admissão de pessoas sem nacionalidade brasileira. Atribuiu essa omissão ao fato de que o estatuto vigente foi amplamente baseado no estatuto anterior, de 1984, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988. Explicou que a tramitação legislativa foi rápida e que outras questões também passaram despercebidas, citando como exemplo a ausência de previsão para pensões por morte de servidores falecidos, um equívoco atribuído ao esquecimento dos elaboradores do projeto.

O servidor afirmou que não haveria restrição por parte da Prefeitura para alterar essa situação, justificando essa opinião com o fato de que, nos processos seletivos simplificados para contratação temporária, já são admitidas pessoas de nacionalidade de países do Mercosul, com base em tratados de reciprocidade (especialmente uruguaios e argentinos, ainda que em pequena quantidade). Reconheceu o paradoxo de permitir contratações temporárias de estrangeiros, mas não efetivas, e lamentou essa inconsistência. Fez um paralelo com a situação das pensões, ponderando que, caso houvesse necessidade de contratar um migrante internacional para um cargo efetivo, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) provavelmente determinaria a edição de uma portaria provisória e, posteriormente, de uma lei específica sobre o tema.

A análise dos documentos contidos no processo legislativo do novo Estatuto do Servidor Municipal de Uruguaiana, de 2018, corroborou essa narrativa, conforme será detalhado no próximo tópico, deixando evidente que a ausência de reconhecimento do direito dos migrantes internacionais decorre exclusivamente da mora legislativa.

¹¹ SIC 06201820, protocolado em 25/10/2024 e encerrado em 22/11/2024.

Assim como Uruguaiana, a Prefeitura de Gravataí reconheceu, em resposta escrita no SIC, que seu estatuto está desatualizado¹². Disse que a “legislação municipal que trata sobre o tema remete a 1991, anterior à promulgação da referida Emenda. Desde então, observa-se que o Município de Gravataí não fez significativas alterações quanto ao requisito de ingresso nos cargos públicos”. Explicou, ademais, que a “Diretoria de Recursos Humanos [...] não tinha se deparado com o tema”, mas que imagina que não haveria dificuldades em implementá-la, caso surgisse uma necessidade administrativa, uma recomendação do MP ou uma determinação judicial.

No mesmo tom seguiu o Município de Santa Maria. A primeira autoridade contatada, em conversa presencial preparatória com o pesquisador, disse que sabia do problema de falta de atualização legislativa (o estatuto atual é de 1991), porque já houve demanda pela contratação de um estudante de outra nacionalidade residente na cidade, e que estudos haviam sido feitos a respeito de como poderia haver sua admissão. Adiantou, inclusive, que havia parecer da Procuradoria do Município favorável ao ingresso de migrantes internacionais, mas reconheceu que um projeto dessa natureza não apareceu como prioridade desde quando está nos quadros da Administração Municipal.

Nos Municípios de Bagé¹³ e Estância Velha¹⁴, a caracterização da mora legislativa veio acompanhada da confissão de desconhecimento a respeito da limitação gerada pela falta de atualização dos respectivos Estatutos do Servidor, sinalando a falta de disseminação da informação nas esferas municipais a respeito do tema. A autoridade que respondeu à pesquisa em Estância Velha consignou que “não haveria nenhuma restrição política, ideológica ou administrativa” para o trâmite de um projeto no sentido proposto pelo pesquisador, já que isso “apenas daria o livre acesso ao emprego e trabalho”, mostrando-se receptivo a uma eventual alteração. Em Bagé, o órgão entrevistado disse que “não tinha conhecimento acerca de qualquer restrição legal de acesso a cargos públicos no âmbito desta municipalidade, notadamente em relação à legislação mencionada no questionamento”.

Nesses quatro municípios, portanto, a causa da falta de efetivação do direito de acesso, nos termos do art. 37, I, da CF/88, também pode ser apontada como sendo a mora legislativa. Em todos, parece haver uma disposição das autoridades em regularizar essa situação, a partir de uma demanda interna ou externa, negando-se qualquer fator que possa remeter à ideia de xenofobia.

O Município de Venâncio Aires, por sua vez, deu uma resposta diferente, dizendo que a ausência de lei municipal a respeito do tema é “intencional, considerando que

¹²Processo Nº 4145/2024 Cód. Verificador: 3ADT98KS, na página <https://gravatai.atende.net/cidadao/acesso-informacao>. Acesso em: 01 jul. 2025.

¹³ 00754.2024.000226-09 no sistema Fala.BR, com resposta da Prefeitura Municipal em 18/12/2024, no sentido de encaminhar a demanda à Procuradoria. Em 30/12/2024, um procurador respondeu às questões por e-mail.

¹⁴ NUP 02246.2024.000014-05 no sistema Fala.BR, com resposta da Câmara em 18/11/2024.

o texto contido na EC, prevê: [...] ‘assim como aos estrangeiros, na forma da lei’[...], porém, até o momento, ainda não foi promulgada uma Legislação no âmbito Federal que regulamente o dispositivo”¹⁵.

A autoridade responsável pela resposta negou a existência de qualquer “óbice político, ideológico ou administrativo quanto à propositura, de um PL [projeto de lei] que altere o Regime Jurídico dos Servidores Municipais, quanto a esse tema”, ressaltando que a relação entre Executivo e Legislativo Municipal é harmônica. Embora tenha respondido que eventual recomendação do MP só seria acatada após uma análise de conveniência e oportunidade, disse que não recorreria de uma decisão judicial determinando a produção do ato legislativo em questão – ainda que mantenha a opinião de que essa lei deveria ser federal.

Ao mesmo tempo em que assume a omissão legislativa como sendo algo intencional, em seu caso, o Município de Venâncio Aires rejeita categoricamente a eventual pecha de xenófobo ao negar a existência de óbices ideológicos ou políticos.

Finalmente, o Município de Caxias do Sul, no processo nº 202411110283638 de sua Ouvidoria Geral, trouxe uma resposta dúbia. Trata-se de um texto cuidadoso, quicá burocrático, que não fecha nenhuma possibilidade – apenas admite que a questão não é prioritária para a Administração, no contexto vivido em fins de 2024 (recuperação pós enchentes de 2024, período eleitoral, etc.). Há uma nítida tentativa de não assumir compromissos junto à pesquisa, deixando tudo para ser decidido *a posteriori*, dentro das competências discricionárias de cada órgão envolvido num projeto dessa natureza.

Embora negue a existência de óbices políticos, ideológicos ou administrativos, a resposta de Caxias do Sul invoca, nas entrelinhas, o “interesse público” como eventual motivo para resistir à implementação do direito de acesso dos estrangeiros a seus cargos. Da mesma forma, parece condicionar o pleno reconhecimento do direito desses migrantes à sua prévia aceitação pela “sociedade civil” e à formação de um “consenso democrático” favorável.

As recusas em responder à pesquisa também merecem uma análise.

Nos casos dos Municípios de Porto Alegre, Viamão, Sapucaia do Sul e Santana do Livramento, os pedidos de informação foram encerrados sob alegação de defeito formal na solicitação ou por falta de competência do órgão demandado para fornecer as respostas. Dessa forma, não foi possível realizar qualquer avaliação de mérito sobre a questão investigada. Essa situação serve como um lembrete das dificuldades de acesso que a população enfrenta para obter informações do Poder Público, que

¹⁵ NUP 00793.2024.000335-98 do Fala.BR, criado em 11 de novembro de 2024, respondido dia seguinte.

frequentemente impõe exigências burocráticas que deveriam se aplicar apenas a seus servidores, mas que acabam sendo usadas como barreiras ao cidadão.

Nos casos de Pelotas, Alvorada, Bento Gonçalves, Erechim, Cachoeira do Sul, Rio Pardo, Xangri-lá e Carazinho, a completa ausência de resposta levanta questionamentos sobre o funcionamento do serviço, sugerindo a possibilidade de inatividade do canal de atendimento, excesso de trabalho ou desconhecimento dos servidores sobre como proceder diante do pedido.

No que diz respeito aos Municípios de Lajeado e Ijuí, nos quais foram designadas pessoas específicas para tratar do assunto, mas sem o efetivo fornecimento das respostas, o silêncio institucional parece revelador. Os agentes públicos contatados inicialmente pediram sucessivos prazos para se manifestar e, posteriormente, deixaram de responder. Com isso, permanece incógnito se a omissão decorre de desconhecimento ou de receio em fornecer informações.

O desconforto dos agentes públicos diante da pesquisa, aliado à incerteza sobre como lidar com a temática, remete à afirmação de Redin (2022, p. 93) de que os migrantes internacionais podem ser uma categoria "incômoda" no campo político. Esse cenário também dialoga com a reflexão de Sayad (1998, p. 60), que conclui que a "única política possível em termos de imigração é precisamente uma ausência de política".

Ainda que as respostas tenham sido em menor número do que o imaginado, é possível extrair uma conclusão geral a partir das amostras obtidas: diferentemente do que se cogitou na elaboração do projeto da pesquisa, não parece haver espaço para xenofobia explícita na esfera das Administrações municipais gaúchas. Se essa xenofobia eventualmente aparece nos discursos eleitorais ou nas redes sociais de alguns políticos, seja no Legislativo ou no Executivo, o fato é que a burocracia a sufoca no dia a dia, por meio de pareceres das Procuradorias, apontamentos do Tribunal de Contas ou mesmo pelo receio de responsabilização penal.

A análise dos discursos — e da ausência de respostas de alguns municípios — sugere que, assim como ocorre atualmente com o racismo e o machismo, apenas por atos falhos de agentes públicos poderiam surgir manifestações classificáveis como xenófobas.

Por outro lado, a mora legislativa em sua modalidade culposa está amplamente caracterizada. A desatualização das leis é reconhecida por todos os que foram confrontados com o problema (exceto pelo Município de Venâncio Aires, que entende que a mora é da União). Além disso, essa mora é justificada pelos agentes pela ausência de demanda social, uma vez que afirmam que, quando surge a necessidade de contratação de pessoas sem nacionalidade brasileira, a gestão municipal se mobiliza para viabilizá-la, seja por meio da edição de portarias provisórias, da proposição de projetos de lei ou de consultas ao Tribunal de Contas.

Fica evidente, portanto, a invisibilidade da injustiça e do desrespeito sofridos pelos estrangeiros interessados em trabalhar para a Administração. Questiona-se quantas dessas pessoas já deixaram de se inscrever em processos seletivos e concursos por desconhecimento, acreditando erroneamente que a restrição de acesso com base na nacionalidade seria absoluta.

Sobre os efeitos desse sentimento na subjetividade dos migrantes, pode-se invocar novamente Honneth (2003, p. 216), que associa a exclusão social a uma limitação violenta da autonomia pessoal, bem como ao sentimento do sujeito excluído de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade. Isso significaria, segundo o autor, uma lesão na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.

Por constituírem comunidades pequenas no Rio Grande do Sul, os migrantes não costumam ser prioridade para nenhum gestor. No entanto, a questão aqui não é a proporção do problema gerado por essa exclusão, mas sim a sua intensidade.

Considerando a escassez de dados obtidos na pesquisa de campo, as sugestões colhidas na fase de qualificação do projeto e as respostas de alguns dos órgãos públicos que atenderam às demandas por informação, entendeu-se que seria pertinente incluir, na fase de análise qualitativa, uma pesquisa documental sobre o trâmite de processos legislativos voltados à implementação do direito previsto no art. 37, I, da CF/88.

O objetivo dessa pesquisa documental foi, assim como nas entrevistas, reunir elementos para identificar se as restrições ao direito de acesso dos migrantes internacionais a cargos públicos eram intencionais e se derivavam de um viés xenofóbico. Com esse propósito, foram analisadas as tramitações dos projetos que deram origem às seguintes leis: Lei federal nº 13.445/2017 (Lei de Migração); Lei Complementar estadual do RS nº 13.763/2011; Projeto de Lei Complementar municipal de Porto Alegre nº 023/2015; e Lei Complementar municipal de Uruguaiana nº 18/2018.

A análise inicia-se pela fase final de aprovação da Lei Federal de Migração.

Conforme discutido no tópico sobre a evolução do requisito da nacionalidade para o exercício de cargos públicos no direito administrativo brasileiro, a redação original da Lei nº 13.445/2017, aprovada no Congresso Nacional, tratava do direito dos migrantes internacionais de participar de concursos públicos para cargos na Administração, em qualquer nível federativo. Tal previsão encerraria, enfim, uma omissão legislativa de quase duas décadas quanto à regulamentação do artigo 37, inciso I, da Constituição, desde a promulgação da EC 19/98.

No início de maio de 2017, as Nações Unidas chegaram a fazer um apelo para que a lei fosse sancionada tal como aprovada, ressaltando que ela garantiria “acesso igualitário e livre ao trabalho, benefícios sociais e seguridade social a migrantes, eliminando discriminações e assegurando-lhes os mesmos direitos garantidos aos brasileiros” (Nações Unidas, 2017).

Entretanto, no momento da sanção presidencial, no final daquele mês, a Advocacia-Geral da União, o Gabinete de Segurança Institucional e a Casa Civil solicitaram o veto presidencial aos dispositivos que previam esse reconhecimento, alegando que os dispositivos que possibilitariam o exercício do cargo, emprego ou função pública por estrangeiro não residente afrontariam a Constituição e o interesse nacional. Além disso, seria errado tratar, num diploma relativo a migrações, sobre matéria relativa à regulação de provimento de cargos, cuja iniciativa é privativa do Presidente da República. Ademais, o projeto estaria reservando a editais de concurso a definição, concessão ou restrição de direitos, o que seria inadequado.

Nota-se que o veto se baseou tanto em argumentos formais — como a alegação de competência privativa do Presidente da República e a função meramente regulamentar dos editais de concurso — quanto em conceitos jurídicos indeterminados, como “interesse nacional” e “afronta à Constituição”, utilizados para impedir o reconhecimento da igualdade de acesso aos cargos públicos pelos migrantes. O aspecto mais preocupante desse veto, na visão desta pesquisa, é a persistência do viés securitário, que ressurgiu no século XXI sob a antiga justificativa da “proteção do interesse nacional”.

Já no caso da Lei Complementar Estadual do Rio Grande do Sul nº 13.763/2011, a forma como se deu sua aprovação na Assembleia Legislativa demonstra a falta de consenso sobre a matéria: foram 31 votos favoráveis e 18 contrários, em uma única sessão.

A justificativa apresentada pelo Gabinete do então Governador do Estado, autor do projeto, evidencia que a alteração do Estatuto dos Servidores foi uma exigência da Procuradoria-Geral do Estado para viabilizar a admissão de pessoas sem nacionalidade brasileira, com base na interpretação de que a norma do artigo 37, inciso I, da Constituição, conforme redação da EC 19/1998, possuía eficácia limitada e, portanto, exigia regulamentação.

O texto da justificativa sugere que a motivação concreta para a proposição do projeto foi a intenção de contratar profissionais de países do Mercosul, especialmente no contexto da criação da Agência Gaúcha de Desenvolvimento e Promoção do Investimento. Essa autarquia tinha como finalidade apoiar o governo na formulação de projetos de desenvolvimento dentro do bloco regional. O documento menciona “a livre circulação de mercadorias e de pessoas, assim como o direito ao trabalho de cidadãos de distintos países” (Rio Grande do Sul, 2011).

Embora bem-intencionado, o projeto revela um viés securitário e até mesmo utilitarista em relação aos migrantes, como se observa na seguinte passagem de sua exposição de motivos:

[...] ao legislar sobre o acesso de estrangeiros aos cargos públicos do Estado, deve-se ter o cuidado de restringir algumas atribuições, ou seja, devem ser nomeados em cargos públicos nos quais desempenhem atividades que não lhes deem controle sobre o erário público, exemplificando atividades de arrecadação e fiscalização. Tal restrição funda-se no princípio de que não há como exigir do estrangeiro um direito de fidelidade para com o Estado que não é o seu. O cargo público neste caso deve ser entendido em sentido estrito, nos casos de haver necessidade de colaboração de estrangeiros para o exercício de certas funções, permitindo, então, que se contratem pessoas de outras nacionalidades (Rio Grande do Sul, 2011).

Fica clara, portanto, a razão de a restrição quanto à nacionalidade ser mantida, no projeto, para as funções de arrecadação, fiscalização, policiamento e representação judicial: a possível falta de fidelidade do servidor de outra nacionalidade em relação ao Estado.

Durante a tramitação desse projeto, Deputados Estaduais da oposição apresentaram uma proposta de emenda visando impedir que estrangeiros ocupassem cargos em comissão. A justificativa era de que, no concurso público para cargos efetivos, seus conhecimentos sobre os elementos nacionais poderiam ser aferidos, enquanto, nos casos de livre nomeação, isso não seria possível. Uma segunda emenda proposta pelo mesmo grupo tentava impedir que refugiados políticos considerados culpados em sentença penal condenatória pudessem assumir cargos no Estado. Já uma terceira emenda, que retiraria qualquer efeito prático do projeto, buscava restringir as contratações a situações em que não existisse no mercado interno profissionais de especialização correlata, somada à exigência de reciprocidade e, finalmente, que “a função a ser exercida não detenha informações estratégicas para o desenvolvimento do Estado”. Uma quarta emenda, feita em plenário e com nítido caráter securitário, condicionava a admissão do candidato ao cumprimento das previsões então vigentes no Estatuto do Estrangeiro, de 1980 (Rio Grande do Sul, 2011). Todas essas emendas foram consideradas prejudicadas.

Algumas falas de Deputados Estaduais durante a discussão da matéria foram registradas pela mídia da época (Assembleia, 2011), revelando, de um lado, preocupações securitárias e, de outro, a defesa da isonomia entre os direitos na esfera pública e privada.

O que se pode perceber é que todos os elementos mencionados por Sayad estiveram presentes nos debates legislativos a respeito da alteração do Estatuto do Servidor Estadual do RS, em 2011. Ali se manifesta a visão de que o migrante só é aceito quando há necessidade de sua mão de obra e da provisoriedade de sua permanência

na sociedade de acolhida. Fica evidente, ademais, a chamada “hospitalidade condicionada”, quando se tenta exigir reciprocidade no tratamento na sociedade de origem. Também se observa a necessidade de controle do aleatório, conforme discutido por Foucault, ao se cogitar manter o migrante internacional afastado de tudo o que possa ser considerado estratégico para o Estado contratante.

No Município de Porto Alegre, o então Prefeito José Fortunati submeteu à Câmara de Vereadores um projeto de lei complementar do Executivo que alteraria artigos do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município (Lei Complementar nº 133, de 1985) os quais versam sobre o requisito de nacionalidade brasileira para acesso aos cargos públicos. Pelo projeto, elaborado a partir de um pedido de indicação de um Vereador aprovado em 2014, todos os candidatos participariam dos concursos em igualdade de condições, sem distinção por conta da nacionalidade, mas com acesso exclusivo para brasileiros a algumas carreiras, tais como a de fiscal da Receita Municipal, da Guarda Municipal e da Advocacia Pública Municipal. A justificativa apresentada era a necessidade de adaptação do Estatuto à nova redação do art. 37, I da CF/88 e a entrada em vigor, no nível estadual, da Lei Complementar nº 13.763/2011 (Porto Alegre, 2015), da qual o projeto era praticamente uma cópia.

Esse projeto recebeu o número “Proc. nº 02558/15 - PLCE 023/15” na Câmara de Vereadores, mas foi arquivado em 2017, mesmo após parecer favorável de três comissões temáticas e da Procuradoria. Sua situação ainda consta como “em tramitação”, mas o projeto jamais passou por qualquer votação. Um pedido de informações foi feito à Ouvidoria da referida Câmara¹⁶, e a resposta foi a de que, “o projeto em tela foi arquivado por não ter sido votado até o final da respectiva da legislatura, não sendo desarquivado posteriormente”, nos termos do artigo 108 do Regimento Interno da Casa.

No que tange à Lei Complementar municipal de Uruguaiana nº 18/2018, existe farto material disponível na *internet* dos outros registros contemporâneos às discussões sobre o novo estatuto. Dessa documentação, extrai-se que o Município de Uruguaiana havia tido seu estatuto julgado inconstitucional pelo TJRS, em função de ainda prever dois regimes jurídicos paralelos, quando deveria haver apenas um. Assim, a situação de ausência de lei válida conduziu à submissão de um projeto de lei em regime de urgência, durante o qual as únicas irresignações foram feitas por associações e sindicatos de servidores municipais, preocupados com as regras de transição e direitos adquiridos. Nunca houve emendas quanto ao art. 7º, I, que trata da exigência de nacionalidade brasileira para assunção de cargos no município (Uruguaiana, 2017).

¹⁶ Protocolo nº 03217/24 no sistema “e-OUV”. Disponível em: https://transparencia.camara-poa.rs.gov.br/e_ouvs/consultas/andamento. Câmara Municipal de Vereadores de Porto Alegre, em 22/12/2024, respondido em 09/01/2025.

O que se percebeu, portanto, foi a absoluta ausência de discussão a respeito da temática do migrante no trâmite desse projeto, corroborando a conclusão de pura mora legislativa.

A visão geral que se extraiu foi a de que os municípios gaúchos não têm sido palco para discussões que tratam o migrante como ameaça. Pelo contrário: talvez pela carência de pessoal, especialmente na área da saúde pública, estrangeiros parecem ser bem-vindos, e há boa vontade no sentido de superar os entraves burocráticos para sua admissão nos cargos públicos. Não há perquirições a respeito da conveniência da ampliação de acesso ou de eventuais riscos dela decorrentes – o foco é apenas resolver problemas concretos, à medida que eles aparecem.

Nas esferas federal e estadual, contudo, as discussões assumiram cunho apriorístico, com viés ideológico e securitário, numa aparente tentativa de antecipar eventuais riscos que poderiam advir da ampliação do acesso aos cargos públicos. Os resultados, porém, foram distintos – embora no RS tenha havido um debate maior, a lei acabou aprovada tal como proposta, resolvendo o problema; já na União, a lei aprovada no Congresso sofreu vetos da Presidência, fazendo valer a percepção de Sayad de em temas incômodos, a melhor política é não ter qualquer política.

4.2 Possibilidades de implementação das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 37, I, da Constituição

Honneth (2003, p. 257-258) escreve que, muitas vezes, “os movimentos sociais desconhecem intersubjetivamente o cerne moral de sua resistência, pelo fato de interpretarem-no por si mesmos segundo a semântica inadequada das meras categorias de interesses”. Para o autor, entre as finalidades impessoais desses movimentos e as experiências privadas que seus membros têm da lesão “deve haver uma ponte semântica que pelo menos seja tão resistente que permita a constituição de uma identidade coletiva”. Os motivos para a resistência social e posturas ativas de reivindicação só se formam no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas.

Os casos de injustiça cometidos contra migrantes internacionais que se veem excluídos do acesso a cargos públicos sempre foram tratados, nos elementos pesquisados, como incidentes isolados. Isso só parece ter começado a mudar em 2018, com o reconhecimento da repercussão geral da questão da admissão de professores estrangeiros a instituições federais de ensino no Tema nº 1032 do STF.

É através de uma visão global da injustiça que está se perpetuando e da conscientização das comunidades de migrantes que se pode criar o ambiente favorável à mudança, com a edição das leis regulamentadoras do art. 37, I, da CF/88, adaptadas à realidade de cada localidade.

Quais seriam os meios para uma reação à situação atual?

O primeiro passo, evidentemente, é a disseminação do conhecimento a respeito do direito constitucional à igualdade de acesso aos cargos públicos no Brasil. Levando em consideração a situação de vulnerabilidade psicossocial típica desses migrantes internacionais, que enfrentam barreiras linguísticas e culturais, além de receios de xenofobia por parte da sociedade de acolhida, deve-se incentivar ao máximo a atuação proativa de organizações brasileiras interessadas na integração dessas comunidades no sentido de instar o Poder Público a fazer sua parte.

Assim, as universidades (através de projetos de extensão), os serviços pastorais de migrantes da Igreja Católica ou ações semelhantes de outras denominações religiosas, os órgãos públicos afetos à matéria (tais como o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare e os Comitês Municipais já criados com a finalidade de dar atenção à comunidade de migrantes e refugiados), e organizações não governamentais envolvidas com projetos da Agenda 2030 são exemplos de atores possíveis nessa missão. Os próprios órgãos do Poder Judiciário, através de seus setores de comunicação social, ajudam a conscientizar a respeito do problema, quando divulgam resultados favoráveis de ações sobre a temática, frequentemente republicados pela imprensa tradicional.

Um segundo passo na direção da superação dessa situação de falta de implementação do direito constitucional de igualdade de acesso a cargos na Administração seria a propositura das leis regulamentadoras em cada local onde a omissão legislativa persiste. O maior gargalo das demandas nesse tema, porém, é a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para a proposição de projetos de lei nessa matéria (Mendes, 2016, p. 167).

Mendes (2016, p. 180-182) anota que a prática do processo legislativo municipal tem demonstrado que a grande maioria dos vícios que contaminam projetos de lei surgem justamente na fase da iniciativa, quando o projeto é apresentado por quem não tem competência para fazê-lo. Isso conduz à inconstitucionalidade formal da lei editada, e nem mesmo a sanção pelo prefeito, que teria competência para a elaboração do projeto, sana esse problema¹⁷. A nulidade seria absoluta. Como resultado disso, somente através da ação do Gabinete do Prefeito é que é possível deflagrar um processo legislativo tendente à regulamentação desse direito de acesso.

Embora se trate de um poder totalmente discricionário, a possibilidade de apresentação de projetos de lei pelo prefeito pode ser incentivada por meio de interlocução direta dos grupos interessados ou até mesmo através do Legislativo, usando diferentes instrumentos previstos em legislações municipais. Em Porto Alegre, por exemplo, a Câmara de Vereadores já se valeu do instrumento denominado “pedido

¹⁷ Mendes (2016, p. 181) esclarece que a Súmula nº 5 do STF, que dizia que o vício era sanado pela sanção, foi publicada sob a égide da CF de 1946, de modo que estaria superada e seria inaplicável no regime constitucional atual. O fundamento dessa decisão é a superioridade da Constituição – uma afronta a esse texto não poderia ser resolvida por um simples ato administrativo do gestor.

de indicação” para sugerir ao Executivo a elaboração de uma lei municipal nesta matéria (Porto Alegre, 2015). A previsão desse mecanismo se dá no art. 87, I, do Regimento Interno da Casa e é definida no art. 96¹⁸. Instituto semelhante aparece nos Regimentos Internos de outras Câmaras de Vereadores gaúchas, como Caxias do Sul¹⁹ e Santa Maria²⁰.

Na falta de encaminhamento, outros passos seriam necessários nessa luta.

Extrajudicialmente, é viável a provocação do MP para que instaure um procedimento tendente à apuração da situação de omissão legislativa do ente público. Esse órgão tem a missão de atuar no tema, de acordo com o art. 27 da sua Lei Orgânica, sendo do ramo estadual do MP a competência para fazer recomendações a prefeituras municipais em tudo aquilo que diga respeito à promoção de direitos constitucionais. Essas recomendações são consideradas atos formais do MP que têm por objetivo dar ciência de determinada situação e sugerir ao destinatário a adequação de uma conduta ao ordenamento jurídico. A recomendação pode assumir tanto caráter preventivo, se nenhuma demanda derivada de violação concreta de direito ocorrer antes da provocação, como caráter corretivo, se as restrições de acesso já estiverem acontecendo (Masson e Vilhena Jr., 2022, p. 335).

Embora não seja obrigatória para o destinatário, a recomendação é considerada como a primeira etapa para a solução de um problema. Se não houver aquiescência do destinatário, o expediente pode culminar no ajuizamento de uma ação civil pública ou ação direta de inconstitucionalidade (Masson e Vilhena Jr., 2022, p. 336-337).

Uma última possibilidade, por conseguinte, é o acionamento do Poder Judiciário, seja pelo MP, com os instrumentos mencionados no parágrafo anterior, seja pelo próprio interessado.

A ausência de lei regulamentando a atual redação do art. 37, I, da CF/88 não se constitui em óbice absoluto, como bem anota Barroso (2022, p. 80):

[a] nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), para a tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas. No início da vigência da Constituição e por longos anos, nenhuma das duas fórmulas

¹⁸ https://www.camarapoa.rs.gov.br/transparencia/legislacao/regimento_interno.pdf.

¹⁹ https://www.camaracaxias.rs.gov.br/Leis/AcessoRapido/Reg.-Interno-RES-244_A.pdf.

²⁰ <https://leismunicipais.com.br/a/rs/s/santa-maria/regimento-interno/2005/3/22/regimento-interno-n-22-2005-dispoe-sobre-o-regimento-interno-da-c-mara-municipal-de-vereadores-de-santa-maria-e-da-outras-providencias>.

teve grande sucesso prático, à vista das vicissitudes da técnica legislativa empregada e das limitações que lhes foram impostas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que resistiu a trazer para si a missão de suprir a omissão do legislador. Entretanto, hoje, a resistência parece superada, tendo o Tribunal atuado, em diversas oportunidades, de modo a suprir as omissões do Poder Público e assegurar a máxima efetividade às normas constitucionais.

As duas ações constitucionais mencionadas têm regramentos distintos, embora possam chegar a um mesmo resultado.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por omissão configura modalidade de controle abstrato de constitucionalidade, explica Barroso (2019, p. 326). Trata-se, segundo o autor, de processo objetivo de tutela da Constituição, naquilo em que afetada por suposta lacuna normativa ou pela existência de ato reputado insatisfatório ou insuficiente. Logo, não serve para a solução de controvérsia *inter partes*, operando seus efeitos tão somente no plano normativo.

Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de produzir atos tais como as leis, mas não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a CF/88 impõe ao órgão legislativo, a exemplo das Câmaras de Vereadores, uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional. Nesta hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão. Essas são as premissas para o cabimento da ADI por omissão, segundo Barroso (2019, p. 329).

A legitimidade ativa dessa ação, porém, é bastante restrita. Ela baseia-se no art. 103 da CF/88²¹ e, por isso, representa uma opção menos recomendável para o enfrentamento do problema aqui estudado, já que a luta por reconhecimento dos migrantes internacionais dificilmente apareceria como prioridade para algum dos legitimados.

Da mesma forma, a posição predominante na jurisprudência a respeito desse remédio processual, no sentido de que ele apenas serve para constituir em mora o Poder responsável pela edição do ato normativo, sem estabelecer qualquer consequência concreta para o descumprimento da decisão judicial além de um efeito meramente moral ou político, torna a ADI por omissão um instrumento de baixa eficácia (Barroso, 2019, p. 343-345). Assim, é forçoso concluir que esse caminho não teria muito proveito como alternativa de solução do problema.

²¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com o mandado de injunção, porém, as possibilidades são mais promissoras. Esse remédio processual é conceituado como “ação constitucional típica com a finalidade de, mediante provimento jurisdicional, assegurar a tutela de direitos e garantias constitucionais cuja efetiva fruição esteja sendo inviabilizada pela falta de atuação, no plano normativo, do poder público” (Mendes, 2023, p. 460).

Em relação à legitimidade ativa do mandado de injunção, Moraes (2024, p. 219) entende que podem propor a ação, concorrentemente, “qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal”; o MP (quando a tutela requerida for ligada a interesses sociais ou individuais indisponíveis); os partidos políticos com representação no Congresso (para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas relacionados com suas finalidades); as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano (desde que pertinentes a suas finalidades); e a Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Com relação aos efeitos de um eventual julgamento de procedência do mandado de injunção, Moraes (2024, p. 218) esclarece que “em virtude da inércia do legislador em colmatar as lacunas constitucionais, após 20 anos [...], o STF alterou seu posicionamento e adotando claro ativismo judicial passou a adotar a posição concretista²², tanto *geral*, quanto *individual*”.

É evidente que, por questões de competência processual, eventuais mandados de injunção contra omissões legislativas municipais não devem ser impetrados no STF, mas sim nos Tribunais de Justiça estaduais.

Ainda quanto às possibilidades de utilização do Poder Judiciário para corrigir as falhas na implementação do direito de acesso de migrantes internacionais a cargos públicos, cabe mencionar que nem o mandado de segurança nem ações de rito comum têm-se revelado meios adequados para a obtenção do resultado desejado. No primeiro caso, a declaração de inexistência de direito líquido e certo do impetrante, pela ausência de lei regulamentadora, é a decisão mais provável. Nas ações de rito comum, a seu turno, a improcedência por falta de pressupostos constitutivos do direito do autor acaba sendo a sentença mais frequente.

²² “Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição divide-se em duas espécies: concretista geral e concretista individual, conforme a abrangência de seus efeitos. Pela concretista geral, a decisão do Poder Judiciário terá efeitos erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente” (Moraes, 2024, p. 223).

É importante registrar, por fim, que as soluções e os resultados não precisam ser iguais em todos os lugares, copiando na íntegra as legislações de outros entes. Cada município e cada Estado, com suas particularidades, seu contexto cultural, seus problemas diferentes, podem e devem produzir leis sob medida para as suas necessidades e possibilidades. O que não se pode tolerar é a omissão ou a recusa dos poderes públicos em promover esse debate, muito menos a negação total do direito dos excluídos.

5. Conclusões

Apesar das dificuldades encontradas na pesquisa de campo, conforme relatado acima, várias foram as conclusões a que se chegou a respeito do tema.

Inicialmente, partiu-se da premissa de que as restrições persistentes ao direito de acesso dos estrangeiros a cargos públicos podem ser consideradas como uma luta por reconhecimento, à luz dos ensinamentos de Honneth, na medida em que representam exemplos de desrespeito social e marginalização ligados à segunda e à terceira esferas do reconhecimento.

Além de ser algo que mantém desigualdades e atenta contra as dimensões ética e social da sustentabilidade, essas restrições atingem um grupo especialmente vulnerável, que frequentemente é alvo da xenofobia, e que, simbolicamente, representaria um risco para a ordem estatal. Esse grupo social, visto como “permanentemente provisório”, enfrenta dificuldades ainda maiores para se impor no âmbito dos cargos da Administração Pública brasileira, cuja principal característica é a estabilidade.

A revisão bibliográfica revelou que, historicamente, no Brasil, essa exclusão se dava por conta da desconfiança em relação à lealdade do migrante internacional à pessoa do Rei; depois, ela passou a ser justificada quase que pura e simplesmente pelo nacionalismo, com algumas nuances de racismo. Já dentro de uma concepção securitária de Estado, adotada a partir do século XX, acabou sendo normalizada a ideia de exclusão dos migrantes internacionais dos quadros de pessoal da Administração pela necessidade de controle do aleatório e da eliminação dos riscos à “segurança nacional”.

A conscientização a respeito dos direitos humanos, no final do século XX, porém, colocou em xeque esse estado de coisas, passando a ser cada vez mais nítida a tendência à inclusão de todos, sem discriminações. Isso começa nos tratados internacionais, passa pela doutrina e chega ao direito positivo interno através de emendas à Constituição, mas ainda depende de atos legislativos locais que, na maioria dos entes federados, ainda não foram editados.

Descobriu-se na pesquisa documental que, na União, a situação segue inalterada desde 1997: apenas são admitidas pessoas sem nacionalidade brasileira em cargos na área do ensino, da pesquisa e da ciência. Na esfera estadual, o Rio Grande do Sul

editou um ato normativo para adaptar a legislação local à nova redação do art. 37, I, da CF/88, mas com limitações. Quanto aos 497 municípios gaúchos, ainda existem 295 estatutos que seguem restringindo explicitamente o acesso a cargos públicos a quem tenha nacionalidade brasileira, sendo que 148 foram editados após a EC 19/98 e 147 estariam apenas “desatualizados”, ou seja, são anteriores à dita emenda. Isso significa que as restrições ao direito de acesso dos migrantes a cargos públicos ainda alcançam cerca de 63% da população do Rio Grande do Sul.

Se a atuação do Poder Legislativo nos três níveis federativos revela uma mora incompatível com a Constituição, o Poder Judiciário pouco tem feito para modificar o quadro, já que a tese segundo a qual o direito aqui estudado depende de lei para ser exercido tem prevalecido, com raras exceções.

A análise discursiva das respostas obtidas na pesquisa de campo realizada com os municípios mais populosos do Rio Grande do Sul, aliada à pesquisa de processos legislativos sobre o tema do acesso dos migrantes a cargos públicos, revelou que há receptividade muito maior das administrações locais à ideia de inclusão dessas pessoas do que na esfera estadual ou federal. Não foram encontrados sinais inequívocos de xenofobia ou mesmo preocupações securitárias relevantes em quaisquer dos elementos obtidos junto às prefeituras, que na maioria das vezes têm interesse no trabalho dos migrantes junto a seus serviços públicos, especialmente na área da saúde e da educação. É no nível estadual e federal que aparecem algumas resistências a essa ampliação de acesso, geralmente de forma apriorística ou por questões político-partidárias.

A hipótese da simples mora legislativa confirmou-se nessa etapa final, seja pelo reconhecimento explícito de autoridades municipais quanto à desatualização de sua legislação de pessoal, seja pelo desconhecimento do próprio problema por trás dessa falta de reconhecimento jurídico e social das comunidades de migrantes. Isso ficou notadamente visível em respostas fornecidas por procuradorias municipais e por servidores experientes na área de recursos humanos nas prefeituras, revelando as causas da inércia institucional da maioria dos entes.

A plena efetivação do direito dos migrantes parece só não andar mais rapidamente por conta de obstáculos como a falta de conhecimento dos agentes públicos a respeito da omissão legislativa mencionada no parágrafo anterior, pela ausência de demanda social por parte dos interessados e pela inexistência de uma maior visibilidade dos casos de injustiça que ocorrem quando se denega posse a um migrante aprovado num processo seletivo para um cargo público.

Educação, mobilização social e articulação com órgãos como Defensoria Pública e Ministério Público, ou organizações não-governamentais interessadas, parecem ser os caminhos para se promover a inclusão aqui preconizada. A efetivação desse reconhecimento deve, preferencialmente, vir por meio de leis específicas ou alterações legislativas dos estatutos jurídicos de servidores públicos, de acordo com as

realidades e possibilidades de cada local, dentro de um processo democrático de construção dessa agenda.

Referências

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 06 fev. 2024.
- ASSEMBLEIA aprova projeto que permite a estrangeiros ocupar cargos públicos no Estado. *Zero Hora* (jornal). 05 jul. 2011. Disponível em: <https://gauhazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2011/07/assembleia-aprova-projeto-que-permite-a-estrangeiros-ocupar-cargos-publicos-no-estado-3377071.html>. Acesso em: 22 dez. 2024.
- BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Commentarios*. Rio de Janeiro: Cia. Lytho-Typographia, 1902. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/4173>. Acesso em: 07 fev. 2024.
- BARROSO, Luís R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BARROSO, Luís R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019, p.326. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611959/>. Acesso em: 27 dez. 2024.
- BRASIL. IBGE. *Cidades e Estados*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rs.html>. Acesso em: 11 nov. 2024.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649440/>. Acesso em: 20 dez. 2024.
- ECO, Umberto. *Migração e Intolerância*. Rio de Janeiro: Record, 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso dado no Collège de France (1975-1976). Edição estabelecida sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana; trad. Maria Ermantina Galvão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Edição estabelecida por Michel Semellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LEI de Migração: 5 anos de um novo paradigma migratório. *Conectas Direitos Humanos*. [Notícia] 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/lei-de-migracao-5-anos-de-um-novo-paradigma-migratorio/>. Acesso em: 27 dez. 2024.
- LEMOS, Juvêncio Saldanha. *Brummers: a legião alemã contratada pelo Império brasileiro em 1851*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2017.
- LENZ, Sylvia Ewel. Memórias de oficiais alemães do Exército Imperial. *Anais do XII Encontro Regional de História*. Arquivo Público do Estado do Rio de Janeiro – APERJ, 2006. Disponível em: <http://www.snh2015.anpuh.org/recursos/rj/Anais/2006/conferencias/Sylvia%20Ewel%20Lenz.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2024.
- LORETO, Sylvio. Do provimento por estrangeiro de emprego integrante de quadro de pessoal do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 133, p. 388-405, jul./set. 1978. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/42820>. Acesso em: 07 fev. 2024.
- MASSON, Cleber; VILHENA JR., Ernani. *Prática Penal, Civil e Tutela Coletiva - Ministério Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644612/>. Acesso em: 04 jan. 2025.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, a. 42 n. 167 jul./set. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/739/R167-8.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 fev. 2024.
- MENDES, Gilmar F. *Comentários à Constituição do Brasil - Série IDP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553625044/>. Acesso em: 27 dez. 2024.
- MENDES, Gilmar F. *Série IDP – Linha Administração e Políticas Públicas - Gestão Pública e Direito Municipal: tendências e desafios*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547204686/>. Acesso em: 27 dez. 2024.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 40. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776375/>. Acesso em: 27 dez. 2024.

- NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. [Portal de internet]. 2024. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 08 fev. 2024.
- NAÇÕES UNIDAS. *ONU e sociedade civil pedem sanção sem vetos da Lei de Migração*. [Notícia]. 04 maio 2017. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/76464-onu-e-sociedade-civil-pedem-san%C3%A7%C3%A3o-sem-vetos-da-lei-de-migra%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 27 dez. 2024.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção. A burocracia no Brasil: as bases da Administração Pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945). *História* (UNESP), Franca, v. 28, p. 775-796, 2010. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/his/a/9k9RDYV5\[sx8N48tx7hC8vr](https://www.scielo.br/j/his/a/9k9RDYV5[sx8N48tx7hC8vr). Acesso em: 26 out. 2023.
- PORTO ALEGRE (Município). Câmara Municipal de Vereadores. *Prefeitura quer permitir estrangeiros em cargos públicos*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.camarapoa.rs.gov.br/noticias/prefeitura-quer-permitir-estrangeiros-em-cargos-publicos>. Acesso em: 22 dez. 2024.
- REALE, Miguel. Acesso de estrangeiros aos cargos públicos - sentido do art. 37, inciso I da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 379-383, 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v188.1992.45261>. Acesso: 26 out. 2023.
- REDIN, Giuliana. Desafio do reconhecimento na política de refúgio brasileira. In: *25 anos da Lei Brasileira de Refúgio – perspectivas e desafios*. Brasília: Agência da ONU para Refugiados - ACNUR, 2022. p. 92-104.
- REDIN, Giuliana. *Psicologia social da vulnerabilidade do migrante internacional*. Santa Maria: Ed. UFSM, 2022. Disponível em: https://edito-raufsm.com.br/downloadable/download/linkSample/link_id/49/. Acesso em: 26 out. 2023.
- RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. *Detalhes da proposição [PLC 200 2011]*. Página de internet. 2011. Disponível em: <https://ww3.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/Sigla-Tipo/PLC/NroProposicao/200/AnoProposicao/2011/Default.aspx>. Acesso em: 06 nov. 2024.
- RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. *Lei Complementar nº 13.763, de 19 de julho de 2011*. Dispõe sobre o acesso dos estrangeiros aos cargos e empregos públicos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, altera a Lei Complementar nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, e dá outras providências. 1990. Disponível em: https://www.al.rs.gov.br/legis/m010/M0100099.asp?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=56388&hTexto=&Hid_IDNorma=56388. Acesso em: 04 nov. 2024.
- SAYAD, Abdelmalek. *Imigração ou os paradoxos da alteridade*. São Paulo: Edusp, 1998.

- SILVA, Domingos Carvalho da. O servidor público na legislação do Primeiro Reinado. *Revista de Serviço Público*, Brasília, v. 108, n. 1, p. 188-199, jan/abr. 1973. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/download/2423/1312/6925>. Acesso em 07 fev. 2024.
- URUGUAIANA (Município). Câmara Municipal de Vereadores. *Projeto de Lei Complementar do Executivo nº 11/2017*. Institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos do Município de Uruguaiana e dá outras providências. 2017. Disponível em: <https://www.uruguaiana.rs.leg.br/sapl>. Acesso em: 04 dez. 2024.