

A Aplicação dos Direitos Fundamentais aos Estrangeiros Não-Residentes no Brasil

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Pós-Graduada em Direito Processual Civil, Mestre em Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Pós-Graduada em Derecho del Trabajo: Descentralización Productiva y Dependencia Laboral pela Universidad Buenos Aires (UBA), Doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

DOI: 10.11117/22361766.14.01.04

Em atenção à titularidade dos direitos fundamentais, impende, a princípio, fazer uma breve análise histórica das Constituições brasileiras. A Constituição de 1824 (Imperial) reconhecia como destinatários dos direitos fundamentais apenas os *cidadãos brasileiros*¹. Já a Constituição de 1891 (Republicana), no seu art. 72, referiu-se aos *brasileiros e estrangeiros residentes no país*, teor que se repetiu nas Leis Fundamentais brasileiras posteriores, inclusive na atual em vigor.

A Lei Maior de 1988 prevê, no *caput* do art. 5º, “a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A par disso, garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade”.

Na mira dessa disposição normativa, José Afonso da Silva² noticia que houve uma tentativa, no seio do Poder Constituinte Originário, de definir com clareza a condição jurídica do estrangeiro, mas o douto Relator Bernardo Cabral não foi sensível ao tema.

Em uma primeira leitura da mencionada norma constitucional, ora em vigor, poder-se-ia pensar que os direitos fundamentais são dirigidos apenas a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil. Entrementes, é cediço

1 O art. 179 expressava: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império pela maneira seguinte: [...]”.

2 *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65.

que não se deve extrair o sentido de uma regra jurídica com base exclusivamente em uma interpretação literal, ou seja, não se pode prestigiar o puro formalismo gramatical, sob pena de levar à injustiça. A propósito, vale recordar que a letra da norma é apenas um ponto de partida da atividade hermenêutica.

Nessa diretriz, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho³ explica que o artigo constitucional em comento não deve ser interpretado literalmente. Leciona:

“Os direitos fundamentais, inclusive as liberdades públicas, reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros, mas alguns dos direitos especificados no texto constitucional – direitos esses que não são direitos do homem, e sim do cidadão, como a ação popular – não são reconhecidos senão aos brasileiros.”

Impende ressaltar, ademais, que a característica de universalidade dos direitos fundamentais⁴ leva ao intérprete a sempre tentar alargar o seu âmbito de incidência, só sendo possível a exclusão dos estrangeiros não-residentes no Brasil quando assim a Constituição expressamente determinar.

Nesse diapasão, cumpre salientar as lições de Paulo Bonavides⁵:

“A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.”

Com efeito, a interpretação do art. 5º, *caput*, do Estatuto Supremo de 1988 deve ser feita pelo método sistemático e finalístico, de modo que um estrangeiro em trânsito no País – portanto não-residente – também possa invocar as liberdades constitucionais.

De igual modo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior⁶ testificam:

“Os direitos fundamentais têm um forte sentido de proteção do ser humano, e mesmo o próprio *caput* do art. 5º faz advertência de que essa proteção realiza-se ‘sem distinção de qualquer natureza’. Logo, a interpretação sistemática e finalística do texto constitucional não

3 *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 29.

4 Impende recordar, os direitos fundamentais são universais porque devem ser reconhecidos e aplicados em todo o mundo civilizado, ultrapassando e prescindindo o conceito de nacionalidade.

5 *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 574.

6 *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 128.

deixa dúvidas de que os direitos fundamentais destinam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou situação no Brasil.”

Analisando o preceito constitucional em comento, André Ramos Tavares⁷, citando Dimitri Dimoulis, sublinha quatro correntes que buscam solucionar a omissão do texto constitucional brasileiro à referência aos estrangeiros não-residentes no País: a primeira corrente é denominada “argumento do óbvio”, que simplesmente ignora o sentido gramatical mínimo, aduzindo ser evidente que todos estariam protegidos, inclusive o estrangeiro não-residente; a segunda corrente é chamada de “argumento dos direitos naturais”, segundo a qual não poderia o legislador constituinte pretender restringir certos direitos que são inerentes ao homem; a terceira corrente é intitulada de “argumento dos direitos decorrentes”, que se ampara no § 2º do art. 5º, expondo que os tratados internacionais asseguram a titularidade dos direitos fundamentais a todos e nestes há boa parte dos direitos que se encontram arrolados no art. 5º; e, por último, a quarta corrente conhecida como “argumento da dignidade humana”, sustentando que, desse fundamento, vários direitos “tópicos” podem ser derivados e, nesse sentido, seu alcance é amplo e alberga os estrangeiros não-residentes no País.

Na seqüência, esse constitucionalista anota que, independentemente da corrente adotada, alguns dos incisos do art. 5º estão em aparente contradição com os termos restritivos do *caput*, pois falam expressamente em “homens e mulheres” (inciso I, igualdade), “ninguém” (incisos III, VIII, XX, LIII, LIV, LVII, LXI e LXVI), “todos” (incisos XIV, XVI, XXXIII, XXXIV e LXXVIII) e “qualquer pessoa” (LXII), *demonstrando uma falta de técnica a toda prova*.

A respeito, Adolfo Mamoru Nishiyama⁸ explana:

“Os direitos fundamentais visam à ampla proteção do ser humano (nacional ou estrangeiro), tanto é que referida norma prega que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. Assim, os estrangeiros que estão em passagem pelo território nacional são também destinatários dos direitos fundamentais, uma vez que entram em contato com o ordenamento jurídico brasileiro.”

Nessa esteira, Celso Ribeiro Bastos⁹ preleciona:

“A nós sempre nos pareceu que o verdadeiro sentido da expressão ‘brasileiros e estrangeiros residentes no País’ é deixar certo que esta proteção dada aos direitos individuais é inerente à ordem jurídica brasileira.

7 *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 436.

8 *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 82.

9 *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989. p. 4.

Em outras palavras, é um rol de direitos que consagra a limitação da atuação estatal em face de todos aqueles que entrem em contato com esta mesma ordem jurídica.”

Na mesma direção, são os escólios de Alexandre de Moraes¹⁰:

“Observe-se, porém, que a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como mandado de segurança e demais remédios constitucionais.”

Assim, também, é o magistério de Uadi Lammêgo Bulos¹¹:

“O regime constitucional das liberdades públicas protege pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que estejam em território pátrio.”

Registra-se, ainda, que, para José Afonso da Silva¹², a mesma conclusão se impõe, só que por fundamento diferente (previsões contidas em tratados internacionais). Esse jurista expõe:

“Se a Constituição aponta os destinatários desses direitos, isso há de ter conseqüências normativas. Isso não quer dizer que os estrangeiros não-residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio e não disponham de qualquer meio – incluindo os jurisdicionais – para tutelar situações subjetivas. Para protegê-los há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm que respeitar e observar, assim como existem normas legais, traduzidas em legislação especial, que definem os direitos e a condição jurídica do estrangeiro não-residente que tenha ingressado regularmente no território brasileiro.”

Enfim, importante adicionar aos argumentos ora delineados que, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem *de todos*, sem preconceitos de *origem, raça, sexo, cor, idade* e quaisquer outras formas de discriminação (grifos nossos).

Posto isso, não restam dúvidas de que os estrangeiros não-residentes no Brasil gozam de direitos fundamentais, salvo quando expressamente o texto constitucional restringir a titularidade ativa do direito fundamental¹³.

10 *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 29-30.

11 *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

12 *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65.

13 A Lei Fundamental brasileira limita a titularidade ativa da ação popular aos “cidadãos”, de sorte que, a despeito de ser um direito fundamental, não se aplica a estrangeiros, independentemente de residir ou não no Brasil.

Aliás, é nesse norte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que vem admitindo como destinatários dos direitos fundamentais não somente aqueles expressos na Constituição Federal, mas também os estrangeiros não-residentes, os apátridas e as pessoas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *Remédios constitucionais*. São Paulo: Manole, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.