



A CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO DE “CATEGORIA SUSPEITA” PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA OPINIÃO CONSULTIVA 18/2003: OS MIGRANTES INDOCUMENTADOS ENQUANTO CATEGORIA SUSPEITA DE DISCRIMINAÇÃO

LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE “CATEGORÍA SOSPECHOSA” POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 18/2003: LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS COMO UNA CATEGORÍA SOSPECHA DE DISCRIMINACIÓN

Eliziane Fardin de Vargas¹

Victória Scherer de Oliveira²

PALAVRAS-CHAVE: Categorias suspeitas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; grupos vulneráveis; migrantes indocumentados; Opinião consultiva n. 18/2003.

PALABRAS CLAVE: Categorías sospechosas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; grupos vulnerables; migrantes indocumentados; Opinión Consultiva n. 18/2003.

A situação de especial vulnerabilidade das pessoas que integram os fluxos migratórios recorrentemente é tema que deságua na esfera do Sistema de Proteção aos Direitos Humanos. À vista disso, a Corte Interamericana de Direitos

¹ Mestranda em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES modalidade II. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos". E-mail: elizianefvargas@mx2.unisc.br

² Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PIBIC de Iniciação Científica pelo CNPq. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos". E-mail: scherer.vivi@hotmail.com.



Humanos, como órgão jurisdicional, tornou ampla sua competência para atuar na salvaguarda de todo o *corpus iuris* interamericano, dispondo de um tratamento especial quando se trata de violação de direitos de grupos em situação de vulnerabilidade. Tal desigualdade de tratamento é permitida, desde que justificada, em razão dos problemas sociais ou culturais históricos que acarretaram discriminações na garantia de direitos humanos. (LEAL, 2018, p. 279). No âmbito de sua competência, determina medidas de cunho preventivo, com vistas a garantir a não repetição de atos atentatórios aos direitos humanos, fixando parâmetros protetivos que deverão ser observados por todos os Estados signatários do pacto no âmbito interno (LEAL, 2018, p. 278). Da análise das decisões relativas à questão dos imigrantes, depreende-se o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da impossibilidade de retorno dos imigrantes ao seu país de origem, quando certos direitos como a vida ou a integridade pessoal estiverem em risco, trazendo destaque, ainda, à proteção especial às crianças imigrantes, atentando-se ao princípio da unidade familiar (CORTE IDH, 2013, p. 72). No intuito de propiciar a proteção e promover o direito de igualdade dos grupos vulneráveis ou daquelas parcelas minoritárias da sociedade que sofrem com os reflexos da ausência ou insuficiência de representação política adequada, e que, na grande parte das vezes, permanece em situação de exclusão e subordinação em relação a uma maioria, é diante desses casos que a doutrina das “categorias suspeitas” e da noção de “escrutínio estrito” ganham forma. Tendo como berço as construções jurisprudenciais da Suprema Corte Norte-Americana, especialmente a partir da nota de rodapé n. 4 do caso “*Estados Unidos vs. Carolene Products Co*” (1938), ocasião na qual a Suprema Corte Norte-Americana fixou o posicionamento de que há um âmbito mais estrito de presunção da constitucionalidade daquelas leis que voltem contra as minorias nacionais, religiosas e raciais, isso pois, o preconceito que sofrem as minorias discretas e insulares – valendo-se do termo cunhado pela Suprema Corte Norte-Americana – acaba ensejando uma exclusão indevida dos processos políticos, situação a qual exige um controle judicial mais rigoroso (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 1064). Com isso, esse escrutínio estrito de proporcionalidade aplicado para a averiguação da constitucionalidade daquelas leis



que se utilizem de uma categoria suspeita como fator de discriminação compreende uma série de exigências para que a classificação utilizada não seja derrubada sob a alegação de ferir o direito de igualdade da categoria suspeita empregada, para tanto, o órgão do qual emanou a legislação deverá comprovar e “demonstrate a compelling purpose for the distinction drawn and prove that such a classification is necessary to achieve that purpose. While some laws survive such rigorous scrutiny, most do not.” (STRAUSS, 2011, p. 136-137). A dificuldade que essa espécie de legislação encontra para superar e sobreviver ao escrutínio estrito igualmente decorre do fato de que a fórmula do escrutínio mais exigente impõe a autoridade da qual emanou o ato impugnado que demonstre que a classificação adotada: a) busca satisfazer a um interesse imperioso (*compelling*); b) foi estabelecida sob medida (*narrowly tailored*) para alcançar o objetivo pretendido; e, c) é o meio com menor potencial lesivo e menos restritivo (*least restrictive means*) capaz de realizar o objetivo almejado com a medida restritiva. (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 77). Assim, diante da notoriedade das contribuições que o reconhecimento de determinado grupo ou pessoas como categoria suspeita de discriminação traz, essa doutrina tem sido incorporada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, muito especialmente através dos posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal reconhecimento decorre tanto das sentenças da Corte IDH – no exercício de sua função contenciosa – como foi a construção obtida nos casos “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” (2012) e no caso “*González Lluy y otros vs. Ecuador*” (2015) em que foi reconhecido, respectivamente, a “orientação sexual e identidade de gênero” e a “condição de pessoa portadora de HIV” como categorias suspeitas de discriminação, merecedoras de uma análise através de um escrutínio estrito de proporcionalidade (CORTE IDH, 2012, p. 33-34) (CORTE IDH, 2015, p. 75). Assim como, tal reconhecimento decorre da função consultiva da Corte IDH, por intermédio da emissão de opiniões consultivas, como foi o caso da Opinião Consultiva n. 18 de 17 de setembro de 2003, quando no parágrafo 11 do voto do juiz Sergio García Ramírez foi reconhecido como categoria suspeita de discriminação a condição dos trabalhadores migrantes indocumentados (CORTE IDH, 2003, p. 03). Diante do exposto até então, têm-se como problema de pesquisa desse estudo o seguinte



questionamento: quais foram os fatores utilizados na construção realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para fundamentar o reconhecimento dos migrantes documentados como categoria suspeita de discriminação? Para tanto, utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, valendo-se de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias no intuito de desenvolver os seguintes objetivos específicos da pesquisa: 1º) traçar uma análise a respeito do papel protetivo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce em relação aos grupos vulneráveis, muito especialmente em relação às pessoas na condição de migrante, averiguando os padrões de proteção já desenvolvido em relação a esse grupo vulnerável pela Corte IDH através de sua atuação contenciosa; 2º) elucidar, brevemente, a respeito do surgimento da doutrina das categorias suspeitas e da noção do escrutínio estrito de proporcionalidade na Suprema Corte Norte-Americana e a importância desses institutos para a adequada proteção do direito à igualdade dos grupos vulnerabilizados, buscando dar destaque à incorporação desses institutos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos através da análise de casos contenciosos em que a Corte IDH incorporou a noção de categoria suspeita; e, por fim, 3º) analisar a construção feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 18/2003 a fim de identificar quais foram os argumentos que levaram ao reconhecimento da condição de categoria suspeita em relação aos migrantes indocumentados. Preliminarmente é possível afirmar que o entendimento consolidado na Opinião Consultiva n. 18/2003 no sentido de reconhecer o status de categoria suspeita aos trabalhadores migrantes indocumentados contou com a valiosa influência das intervenções do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), instituto esse que, atuando como *amicus curiae*, defendeu tal posicionamento tendo como base a especial situação de vulnerabilidade a que os trabalhadores migrantes em situação irregular se encontram, sobretudo diante da discriminação sistêmica que sofrem nos Estados que os recebem para trabalhar, assim como, justificou-se o entendimento pelo reconhecimento dessa classificação em relação a situação dos migrantes indocumentados diante do fato de que a discriminação a que essas pessoas são expostas está diretamente ligada a fatores como a sua nacionalidade, etnia ou raça,



a qual é diferente daquela do Estado para o qual migram, e ainda, salientou que, tomando como base o precedente da Suprema Corte Norte-Americana no caso “*Trimble vs. Gordon*” (1977), características como a etnia, nacionalidade e a raça são explicitamente proibidas de serem utilizadas como motivos de discriminação.

REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile**: Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador**: Sentença de 1 de setembro de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2015. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Família Pacheco Tineo versus Estado Plurinacional de Bolívia**. Sentença de 25 de novembro de 2013. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_ing.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos estados unidos mexicanos**: a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados, San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. A Jurisdição Constitucional no século XXI entre processo e substância: um olhar sobre a experiência americana. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, p. 1057-1078, set-dez 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRAUSS, Marcy. Reevaluating Suspect Classifications. **Seattle University Law Review**, v. 35, p. 135-174, 2011.



LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ARROYO, César Landa. **Derechos Fundamentales. Actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales.** Lima: Palestra Editores, 2018. p. 271-287.

AGRADECIMENTOS

Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.