# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

## DIREITO INTERNACIONAL I

**SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU**

**SANDRA REGINA MARTINI**

**DANIEL OMAR VIGNALI GIOVANETTI**

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
**Comunicação:**
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
**Eventos:**
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO INTERNACIONAL I

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu, Sandra Regina Martini, Daniel Omar Vignali Giovanetti – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-967-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito. 3. Internacional. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

## DIREITO INTERNACIONAL I

---

## Apresentação

O tema central do GT foi os limites e possibilidades da efetividade os direitos humanos no âmbito nacional e, em especial no âmbito internacional. Os temas perpassam pela expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a harmonização das regulações, jurisprudências. Os trabalhos apresentados destacaram fundamentos teórico metodológicos diferenciados, todos fundamentos teóricos válidos. Na apresentação dos trabalhos também aparece o tema das mudanças climáticas e das migrações, como novos desafios para o mundo sociojurídico. Além de abordagens teóricos, também foram mencionadas relevantes pesquisas empíricas, corroborando com um debate sobre a hierarquia dos direitos. Temas inovadores apareceram como o da regulamentação das aeronaves não tripuladas.

# O "CASO HENDRIX VERSUS GUATEMALA" DA CORTE IDH E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A RESPEITO DO DIREITO DE ACESSO DOS MIGRANTES INTERNACIONAIS AOS CARGOS PÚBLICOS – ANÁLISE CRÍTICA E COMPARATIVA

# THE "HENDRIX VERSUS GUATEMALA CASE" OF THE IAHR COURT AND THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE REGARDING THE RIGHT OF ACCESS OF INTERNATIONAL MIGRANTS TO PUBLIC OFFICES – COMPARATIVE AND CRITICAL ANALYSIS

**André Augusto Cella** [1]
**Diego dos Santos Difante** [2]

**Resumo**

Este artigo tem por objetivo comparar a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no "Caso Hendrix versus Guatemala", em que se decidiu pela inexistência de violação de direitos humanos por parte do Estado guatemalteco diante da denegação do acesso de um cidadão estadunidense ao cargo público de notário, com a jurisprudência brasileira a respeito do direito de acesso de migrantes internacionais a cargos da Administração pública e os precedentes da própria Corte IDH sobre nacionalidade e não discriminação. Com isso, pretende trazer reflexões críticas sobre os efeitos dessa decisão para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e sobre o papel que se espera do órgão judicial em análise, de modo a questionar se ela poderia ser considerada como um retrocesso jurisprudencial ou não. A pesquisa, que adota uma abordagem dialética, foi feita através de revisão bibliográfica de autores do campo dos direitos humanos, do estudo do dito caso e da análise documental dos julgados selecionados para fins comparativos. As suas conclusões apontam para a possibilidade de que a sentença do "Caso Hendrix" talvez tenha se afastado dos precedentes do órgão em função das peculiaridades que apresentou, atraindo possíveis vieses no processo decisório, bem como para a maior dificuldade que a Corte IDH tem para decidir sobre violações de direitos humanos em face de constituições que não apresentam a mesma abertura que a Constituição brasileira tem em relação aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Acesso, Cargo público, Direitos humanos, Migrantes internacionais, Corte idh

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper aims to compare the recent decision of the Inter-American Court of Human Rights (IAHR Court) in the case "Hendrix versus Guatemala", in which it was decided that there

---

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor da Universidade Franciscana (UFN). Advogado da União.

[2] Mestrando do PPGD e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Advogado.

was no violation of human rights by the Guatemalan State in the face of the denial of access to a US citizen as a notary public office, with Brazilian jurisprudence regarding the right of access of international migrants to public administration positions, and the IAHR Court's own precedents on nationality and non-discrimination. Therefore, it intends to bring critical reflections on the effects of this decision on the inter-American system of human rights protection and on the role expected of the judicial body under analysis, in order to question whether it could be considered a jurisprudential setback or not. The research, which adopts a dialectical approach, was carried out through a bibliographical review of authors in the field of human rights, the study of the said case and the documentary analysis of the judgments selected for comparative purposes. Its conclusions point to the possibility that the ruling in the “Hendrix Case” may have deviated from the body's precedents due to the peculiarities it presented, attracting possible biases in the decision-making process, as well as the greater difficulty that the Inter-American Court has in decide on human rights violations in the face of constitutions that do not present the same openness that the Brazilian Constitution has in relation to human rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Access, Human rights, Iahr court, International migrants, public office

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 4 de setembro de 2023, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) publicou e intimou a partes interessadas a respeito da sentença proferida no "Caso Hendrix *versus* Guatemala", em que declarou que o Estado guatemalteco não é responsável internacionalmente pela violação dos direitos à igualdade perante a lei e à proteção judicial, contidos nos artigos 24 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo do cidadão estadunidense Steven Edward Hendrix.

O julgado, que não teve unanimidade, vem gerando uma série de debates a respeito dos efeitos que pode ter para a jurisprudência interna dos países do continente americano, bem como o tipo de precedente que pode representar para futuros casos que venham a ser apreciados no sistema interamericano de direitos humanos, em função da posição aparentemente conservadora, senão retrógrada, assumida pelas duas juízas que conduziram o seu resultado e pelos outros 4 juízes que as seguiram. Ao mesmo tempo, o voto vencido de um dos juízes, o brasileiro Rodrigo Mudrovitsch, abre possibilidades para avanços em matéria de direitos humanos e sua relação com o direito de nacionalidade, trazendo a indagação se essa sentença não seria um caso isolado, que não representaria uma tendência na Corte IDH.

O presente trabalho foi feito a partir de um estudo deste caso, da análise documental da sentença acima mencionada e de outros pareceres consultivos da Corte IDH em matéria de direito humanos relacionados ao direito de nacionalidade, bem como de uma pesquisa bibliográfica sobre as temáticas nele envolvidas, tais como os direitos humanos e os vieses nas decisões judiciais, dentro de uma abordagem dialética. Objetiva, assim, fazer uma análise comparativa entre a sentença em questão, a jurisprudência brasileira sobre o tema e os precedentes da própria Corte IDH, de modo a permitir uma reflexão crítica a respeito do suposto papel que o sistema interamericano de direitos humanos deveria ter na vanguarda da promoção desses direitos.

Espera-se, assim, dar possíveis respostas para a pergunta que anima esta pesquisa: a sentença do "Caso Hendrix" poderia ser considerada como um retrocesso na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, ao menos no que diz respeito à agenda da integração dos migrantes internacionais, em comparação com a jurisprudência brasileira e julgados anteriores da própria Corte IDH?

Para atender a tais propósitos, o artigo será dividido em duas partes. Na primeira, será feita uma análise das razões que levaram a Corte IDH a não reconhecer a violação de direitos humanos no "Caso Hendrix", no contexto das demais sentenças e pareceres consultivos da Corte sobre o tema dos direitos relacionados à nacionalidade. Na segunda parte, será levantado

o estado da arte da jurisprudência brasileira a respeito do direito de acesso de pessoas sem nacionalidade local aos cargos da Administração, de modo a permitir a reflexão crítica comparativa com a sentença em estudo e a compreensão de sua importância como precedente.

Justifica-se este artigo pela atualidade da discussão sobre o reconhecimento do direito de acesso de não nacionais a cargos públicos, num cenário de fronteiras cada vez mais porosas, migrações internacionais cada vez mais expressivas e de uma série de julgados recentes sobre essas questões, na Corte IDH, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, neste ano de 2023. Registra-se, finalmente, a pertinência da pesquisa com as linhas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria sobre os direitos da sociobiodiversidade – desenvolvimento e dimensões da sustentabilidade, bem como dos direitos da sociedade em rede – porque se acredita que ele sirva, de alguma forma, para fomentar debates em torno dos objetivos de desenvolvimento sustentável vinculados à integração dos migrantes ao mercado de trabalho e à não discriminação e, ainda, às repercussões positivas e negativas que precedentes judiciais podem ter para a efetiva salvaguarda dos direitos humanos numa sociedade globalizada interdependente.

## 2 A SENTENÇA DO "CASO HENDRIX" E AS DEMAIS DECISÕES E PARECERES DA CORTE IDH SOBRE DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS AO TEMA

Neste primeiro capítulo, far-se-á uma contextualização do "Caso Hendrix *versus* Guatemala", primeiro explicando como ele tramitou, quais foram seus motivos e quais a decisões tomadas pelos juízes, para em seguida situá-lo em meio a outros julgados e pareceres consultivos da Corte IDH sobre o problema da nacionalidade como fator de discriminação.

### 2.1 A SENTENÇA DO "CASO HENDRIX *VERSUS* GUATEMALA"

Steven Edward Hendrix havia se graduado em direito nos Estados Unidos em 1987, onde nascera e de onde era nacional, mas revalidou seu diploma em território guatemalteco em 1997, através da Universidad de San Carlos de Guatemala. Consta que visitou várias vezes o país ao longo dos anos de 1997 a 2006, ficando nele períodos entre 3 dias e 3 meses a cada viagem – sem nunca fixar residência, porém[1]. Ele prestou os exames técnicos e práticos necessários à habilitação profissional e, em 2000, obteve licença de advogado e notário na Guatemala. No ano seguinte, pediu sua inscrição no Colégio de Advogados e Notários do país, mas teve apenas a inscrição como advogado deferida – a de notário foi rejeitada, ao argumento

[1] O fato de Hendrix jamais ter residido permanentemente na Guatemala se dessume da circunstância de que ele trabalhava para uma agência governamental americana e só vinha ao país em missões relativas a essa função, segundo o relatório da sentença e o voto concorrente das juízas Nancy H. López e Patrícia P. Goldberg.

de que precisaria ter nacionalidade local para tanto, conforme o art. 146 da Constituição do país. Hendrix ajuizou ações na justiça local, mas não obteve êxito, razão pela qual procurou o sistema interamericano de direitos humanos (Corte IDH, 2023, p. 8-12).

Como se pode ler da própria sentença proferida pela Corte IDH (2023, p. 3-5), o "Caso Hendrix *versus* Guatemala" teve seu início em 5 de novembro de 2004, quando Hendrix apresentou uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), alegando violações de direitos humanos por parte do Estado da Guatemala. A CIDH admitiu a demanda em 2009, mas apenas em 2020 notificou o Estado requerido a dar cumprimento às recomendações relativas à proteção dos direitos de Hendrix[2]. Como a Procuradoria guatemalteca renunciou ao direito de apresentar exceções preliminares e solicitou que o caso fosse submetido a julgamento, o procedimento perante a Corte começou formalmente em 12 de janeiro de 2021. Na Corte IDH, o processo teve as solicitações preliminares, a contestação da Guatemala, uma audiência pública, a habilitação de *amici curiae* (2 associações de notários e registradores do país requerido), alegações finais das partes e, mesmo com atrasos decorrentes das dificuldades impostas pela pandemia de COVID-19, o processo estava concluso para julgamento já no final de 2022, sendo a sentença comunicada a todos em setembro de 2023.

O mérito propriamente dito da ação girou em torno da possível violação do art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos[3] pelo fato de se impedir o exercício profissional a um notário que não possui a nacionalidade guatemalteca.

Em suas considerações, a Corte IDH levou em conta que a exigência da nacionalidade local para o exercício do notariado é tradicional nos países latino-americanos, citando como exemplos os casos da "Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Honduras, México, [...]", e que isso se explica porque "notários exercem função pública em nome do Estado e os documentos que geram estão revestidos de fé pública", a qual "confere segurança e certeza jurídica às manifestações de vontade entre as partes". Apesar de serem profissionais liberais e não se classificarem como funcionários públicos, os notários são considerados como auxiliares do Judiciário e têm poder para praticar atos relacionados a bens imóveis (Corte IDH, 2023, p. 17-21, em tradução livre).

A Corte registrou, ainda, que sua compreensão acerca do art. 24 da Convenção Americana de DH comporta duas dimensões:

> *una relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una*

[2] A Corte IDH assinalou, no relatório da sentença, a sua preocupação com o fato de que a denúncia de Hendrix tenha demorado 16 anos para gerar uma notificação do Estado requerido.
[3] O artigo em questão diz o seguinte: "Artigo 24 - Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei."

> *relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Asimismo, la Corte ha determinado que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Además, este Tribunal ha establecido que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva*. (Corte IDH, 2023, p. 22)

Compreendidas essas premissas, torna-se fácil entender as principais razões de decidir dos 6 juízes que votaram pela absolvição do Estado guatemalteco da acusação de violar o direito à igualdade e o direito à proteção judicial. No voto concorrente das juízas Nancy H. López e Patrícia P. Goldberg, esses motivos são enumerados em itens: 1º) Hendrix nunca fixou residência na Guatemala, por isso não estava na mesma situação que outros notários e, nesse sentido, poderia prejudicar o desempenho da função pública por não estar permanentemente supervisionando seu cartório; 2º) nem todo tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros representa violação do art. 24 da Convenção Americana de DH, bastando que haja proporcionalidade entre o fim almejado e a restrição objetiva imposta; 3º) o requisito da nacionalidade está previsto em norma constitucional e em lei que rege a admissão ao notariado, de modo que não se trata de medida arbitrária; 4º) essa exigência "é idônea para alcançar as finalidades legítimas que se persegue, porque o requisito da nacionalidade torna possível a supervisão permanente, a prestação de contas e reforça o conceito de independência das pessoas notárias"; e 5º) não haveria desproporcionalidade em exigir que alguém seja (ou se naturalize) guatemalteco, se a função pretendida pressupõe justamente representar o Estado da Guatemala por meio da fé pública dos atos praticados (Corte IDH, 2023, p. 1-4 do voto, em tradução livre).

O voto dissidente do juiz brasileiro Rodrigo Mudrovitsch, no entanto, ataca cada uma das razões de decidir dos demais colegas. Ele começa seu voto destacando que "a partir do momento em que se condiciona o exercício profissional à renúncia da nacionalidade de origem e à aquisição de uma nova nacionalidade, cria-se uma situação incompatível com a Convenção" (Corte IDH, 2023, p. 4 do voto divergente, em tradução livre). Mudrovitsch denuncia, nas páginas 4 a 7 de seu voto, que a questão do domicílio ou residência do notário nunca foi discutida na Justiça guatemalteca e, portanto, não estava em discussão – razão pela qual conclui que a Corte IDH parece ter criado mais um empecilho contra Hendrix, ao invés de se deter sobre a questão da nacionalidade, que era o cerne da lide.

O juiz brasileiro faz um longo escorço histórico de outros casos envolvendo o direito

de nacionalidade que chegaram à Corte para analisar se a solução proposta realmente estaria de acordo com a jurisprudência firmada no órgão, registrando, de início, que a atitude do Estado da Guatemala "reproduz o sentimento de desconfiança em relação com a credibilidade dos atos a serem realizados pela pessoa estereotipada, neste caso, o não nacional" (Corte IDH, 2023, p. 11 do voto, em tradução livre). Critica diretamente a defesa, opinando que a alegação do Estado de que estaria protegendo direitos humanos através da medida restritiva de acesso à função de notário "não aporta elementos convincentes para a análise de adequação, pois não justifica como a limitação do direito constitucional – e convencional – à igualdade e não discriminação promoveria os demais direitos invocados pelo Estado" (Corte IDH, 2023, p. 19 do voto, em tradução livre).

Por fim, conclui Mudrovitsch que "o ordenamento jurídico da Guatemala está dotado de mecanismos alternativos idôneos para assegurar o exercício regular da atividade notarial [...] sem que, para isso, se requeira distinguir entre nacionais e não nacionais", de modo que a restrição sob análise não passa num teste de proporcionalidade no caso concreto e nem se coaduna com os precedentes da Corte IDH sobre a matéria (Corte IDH, 2023, p. 24 do voto, em tradução livre). O Magistrado entendeu, por isso, que houve, sim, violação aos direitos à igualdade e não discriminação, à proteção judicial e ao trabalho, dado que as restrições em função de nacionalidade só se justificam em circunstâncias excepcionais, não encontradas no caso concreto (Corte IDH, 2023, p. 36 do voto).

## 2.2 OUTRAS DECISÕES E PARECERES DA CORTE IDH SOBRE DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS AO DIREITO DE NACIONALIDADE

Legale e Cyrillo (2023) registram que o "*standard* interamericano considera que a igualdade e a não discriminação são normas imperativas de direito internacional", citando os pareceres consultivos (PC) nº 16/99 e 18/03 como exemplos dessa posição.

De fato, no primeiro parecer, que trata do direito à informação sobre assistência consular como marco das garantias no devido processo legal e no qual foi consagrada a opinião de que as normas da Convenção de Viena relativas aos direitos de pessoas detidas em países estrangeiros devem ser respeitadas por todas as nações como norma cogente de direito internacional, foi usado o princípio da não discriminação como razão de decidir para equiparar o direito à informação sobre assistência consular a princípios como a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões judiciais e a publicidade dos processos (Corte IDH, 1999).

Igualmente, no segundo parecer, a Corte IDH (2003) opinou que a proteção aos direitos

dos trabalhadores deve ser garantida pelos Estados independentemente da nacionalidade ou da condição migratória, justamente em função da ideia de igualdade e de não discriminação como direitos humanos.

De outro lado, ainda segundo Legale e Cyrillo (2023), o sistema interamericano de direitos humanos contempla a possibilidade de diferenciações entre nacionais e estrangeiros, "desde que não haja discriminação", invocando o PC nº 04/84 como ilustração desse fato.

Neste parecer, a Corte IDH (1984, p. 9) foi consultada a respeito de alterações na Constituição da Costa Rica, justamente sobre nacionalidade, e teve uma posição bastante ampliativa dos direitos humanos. No introito da opinião, assim definiu o esse direito:

> *La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.*

Em resumo, a Corte enxerga na nacionalidade um estado natural, que impõe limites à forma como o Estado o regula, e não mais como um atributo que era concedido aos súditos, como era visto pela teoria clássica a respeito do assunto (Corte IDH, 1984, p. 10).

Quanto aos tratamentos diferenciados previstos em lei para nacionais e não nacionais, a Corte IDH parte da premissa de que "nem todo tratamento jurídico diferente é propriamente discriminatório, porque nem toda distinção de trato pode considerar-se ofensiva, por si mesma, da dignidade humana". Invocando a Corte Europeia de Direitos Humanos, explica essa premissa dizendo que "só é discriminatória uma distinção quando carece de justificação objetiva e razoável" (Corte IDH, 1984, p. 16, em tradução livre), concluindo que:

> *No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.*

No parecer em análise, a Corte IDH acaba exemplificando seu raciocínio de que o Estado tem margem de discricionariedade para tratar desigualmente as pessoas em relação à nacionalidade, não vendo problema em facilitar a naturalização "em favor daqueles que,

objetivamente, têm com os costarriquenhos laços históricos, culturais e espirituais muito mais estreitos, os quais fazem presumir sua mais simples e rápida incorporação à comunidade nacional e sua mais natural identificação com as crenças, valores e instituições [...] que o Estado tem o direito e o dever de preservar", tais como os centro-americanos e espanhóis. Tudo parece uma questão de "sintonia fina", pois se a medida fosse exagerada ou desproporcional, não seria aceita (Corte IDH, 1984, p. 17, em tradução livre).

O próprio Juiz Mudrovitsch (Corte IDH, 2023, p. 10-11 do voto) destaca outros precedentes importantes sobre a matéria:

> *34. La jurisprudencia de la Corte Interamericana es rica en casos en los que una distinción basada en la nacionalidad, hecha sin una justificación adecuada, necesaria y proporcionada, ha sido declarada discriminatoria. En el caso* Las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana *(2005), por ejemplo, el hecho de que el Estado impidiera el registro civil tardío de los hijos de migrantes haitianos llevó a la Corte IDH a reconocer la violación del deber de proporcionar a las personas protección igual y efectiva de la ley, sin discriminación por razón de la nacionalidad o de la condición de no nacional. En el caso* Vélez Loor Vs. Panamá *(2010), la Corte IDH también constató una violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de la nacionalidad al analizar la detención de un migrante indocumentado y reiteró que los Estados sólo pueden conferir un trato diferenciado entre migrantes y nacionales si dicho trato es razonable, objetivo, proporcionado y no lesiona los derechos humanos.*
>
> *35. En* Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana *(2012), la Corte IDH volvió a referirse a las prácticas discriminatorias contra los migrantes en la República Dominicana al analizar el uso de la fuerza por parte de agentes estatales dominicanos contra un grupo de haitianos y afirmó que la actuación policial basada en parámetros de nacionalidad y no nacionalidad constituía una discriminación. En el caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana (2014), a su vez, la Corte IDH evaluó las violaciones cometidas en el contexto de las expulsiones migratorias en masa y de la violencia contra las familias de origen haitiano y solidificó así los estándares jurisprudenciales previamente desarrollados.*

Aí estariam as provas, portanto, de que a jurisprudência da Corte IDH sempre teve um viés muito mais ampliativo do que restritivo do direito à igualdade e à não discriminação em matéria de tratamento diferenciado entre nacionais e migrantes internacionais na América Latina, tradição da qual parece ter-se afastado no "Caso Hendrix".

## 3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ACESSO DE MIGRANTES INTERNACIONAIS A CARGOS PÚBLICOS EM COTEJO COM AS DECISÕES DA CORTE IDH SOBRE A MESMA TEMÁTICA

Superada a apresentação do caso em estudo, chega-se à segunda parte deste trabalho, em que será apresentada a situação atual da jurisprudência interna do Brasil a respeito da não discriminação em função da nacionalidade, para contratação de servidores públicos, bem como serão lançadas algumas reflexões a respeito do papel que uma Corte de direitos humanos deve

ter na promoção desses direitos.

## 3.1 ESTADO DA ARTE DO TEMA DO ACESSO DE MIGRANTES INTERNACIONAIS A CARGOS PÚBLICOS NO BRASIL

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou o art. 37, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), para, expressamente, prever a possibilidade de admissão de pessoas sem a nacionalidade brasileira nos cargos, empregos e funções públicas dos três níveis federativos. O grande problema, contudo, é que essa ampliação de acesso ficou aparentemente condicionada à edição de leis ordinárias, o que levaria ao entendimento jurisprudencial hoje predominante de que a regra seria uma norma de "eficácia limitada", como registra o Ministro Alexandre de Moraes (2022, p. 431), do Supremo Tribunal Federal (STF):

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

O Ministro Luís R. Barroso, também do STF, relembra que, no final dos anos 1960, José Afonso da Silva publicou seu clássico "Aplicabilidade das normas constitucionais", no qual teoriza que essas normas, no tocante à sua eficácia, comportam uma classificação 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" (Barroso, 2022, p. 77).

As normas de eficácia limitada seriam as que não receberam normatividade suficiente para sua aplicação imediata, deixando-se ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Tal ideia, porém, seria fortemente criticada por outros constitucionalistas, preferindo Barroso (2022, p. 77) concluir que "todas as normas constitucionais a possuem, em maior ou menor intensidade", referindo-se à eficácia jurídica. Seja como for, a ausência de lei regulamentando o art. 37, I, da CF/88 não seria um 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 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.

A essas circunstâncias, soma-se a opinião pessoal do Ministro segundo a qual as "supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista" (2022, p. 173). Ainda que polêmica, a frase ilustra a visão que vários Ministros têm sobre sua função. No caso específico do tema em estudo, essa visão permitiria concluir que existe um viés jurisprudencial que aponta para sua inclusão dos não nacionais na sociedade, ao invés da sua exclusão:

> 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. (BARROSO, 2022, p. 177)

Onde existe lei regulamentado o direito de acesso, contudo, a jurisprudência do STF tende à ampliação do direito de acesso, não permitindo discriminações desarrazoadas. Foi nesse sentido que se fixou, neste ano de 2023, uma tese de repercussão geral para o Tema nº 1032, que tratava do direito de acesso de professores estrangeiros a instituições federais de ensino e pesquisa, estabelecendo-se 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, salvo se a restrição da nacionalidade 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. (BRASIL, 2023)

Observe-se, contudo, que o STF não entra no mérito de quais seriam as condições em que o "objetivo de preservar o interesse público" justificaria a discriminação, reservando-se no direito de identificar a inconstitucionalidade quando ela se colocar para sua análise, por meio do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

A posição majoritária do STF nos casos em que não existe lei regulamentando o art. 37, I, da CF, nitidamente conservadora, vista no início deste item, acabou interferindo na evolução jurisprudencial que antes se observava nos Tribunais de Justiça estaduais, a exemplo do Rio Grande do Sul. Na apreciação do reexame necessário de uma sentença num mandado de

segurança contra o Município de Porto Lucena, por exemplo, o Tribunal de Justiça gaúcho (Rio Grande do Sul, 2003) assim decidiu:

> A EC nº 19, de 4.6.98, dando nova redação ao art. 37, I, da CF, passou a definir que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como os estrangeiros, na forma da lei". A questão, então, está em que a nova regra constitucional, ainda que pareça de eficácia contida no ponto ("na forma da lei"), tem reflexo sobre a legislação municipal em causa, não a recepcionando. A exigência da LM 746/91, em realidade, encontra-se implicitamente derrogada, não podendo impor condição restritiva que a Lei Maior não impõe. Ao contrário, libera o acesso de cargo público a estrangeiro, observada a investidura nos termos da lei (no caso, pela via do concurso público).

No mesmo sentido, num mandado de segurança contra o Município de Soledade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu o direito de acesso de uma cubana a um cargo com a seguinte ementa:

> Ante a nova redação do art. 37, I da CF/88, dada pela Emenda n.º 19/98, que refere a possibilidade de os estrangeiros poderem concorrer aos cargos, empregos ou funções públicas, e sendo o edital n.º 025/2004 publicado à luz dessa nova redação, é de ser homologada a inscrição do impetrante, que é estrangeiro, no concurso em tela, para o cargo de agente e apoio educacional. É assim porque, não obstante a vedação imposta no edital ter previsão na Lei Orgânica Municipal, essa norma não foi acolhida pela nova Ordem Constitucional em vigor. (Rio Grande do Sul, 2005).

Como se pode ver, antes da consolidação da posição da Suprema Corte, a partir de 2005, no sentido de que o art. 37, I, da CF encerrava norma de eficácia limitada, a tendência natural dos julgados, ao menos no Sul do Brasil, era pela não discriminação com base na nacionalidade, independentemente da existência de lei regulamentadora. Esse tipo de decisão, contudo, foi desaparecendo pela imposição dos precedentes do STF, sendo hoje normal encontrar decisões que apenas repetem a lógica segundo a qual diante da omissão da lei, o candidato sem nacionalidade brasileira nada pode fazer.

Recentemente, porém, houve mostras de que essa história talvez ainda não tenha chegado ao seu final. Ao julgar um mandado de injunção movido por uma candidata de nacionalidade cabo-verdiana, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) fixou o prazo de 60 dias para a edição de uma lei por parte do Governo do estado e da Assembleia Legislativa permitindo a admissão de estrangeiros nos concursos catarinenses (Santa Catarina, 2023). O fator principal para a virada jurisprudencial no sentido da ampliação de acesso aos cargos e à não discriminação foi a edição da nova Lei de Migração, em 2017, como se vê da ementa do acórdão:

> Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira, consoante a redação primitiva do art. 37, I, da Lei Maior. [...]

> No ano de 2017 ocorreu uma relevante inovação no ordenamento jurídico a partir da promulgação da Lei Federal n. 13.445, denominada "Lei de Migração", vigente a partir de 21.11.2017, que revogou o Estatuto do Estrangeiro, e estabeleceu em seu art. 3º, IX, que a política migratória brasileira é regida pelo princípio da "igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares". A Lei da Migração regulamentada pelo Decreto Federal n. 9.199/17, inclusive previu em seu art. 38, § 2º, IX, a concessão de visto temporário para trabalho sem vínculo empregatício para "exercício de cargo, função ou atribuição que exija, em razão da legislação brasileira, a residência por prazo indeterminado;" resguardando e restringindo apenas aos cargos privativos de brasileiro. (Santa Catarina, 2023)

Também pesou o fato de que, no mesmo ano da impetração da injunção houve a internalização da adesão do Brasil à Convenção da Guatemala, de 2013:

> Em 10.01.2022, o Estado Brasileiro, ratificou a "Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013", por meio do Decreto n. 10.932/22, que, por versar sobre direitos humanos, ingressou no ordenamento jurídico pátrio com status de emenda constitucional (§ 3º, do art. 5º, da CF/88). Referido instrumento impôs mecanismos para eliminar a discriminação, inclusive de acesso aos direitos sociais. Esse aparato legislativo confere, salvo melhor juízo, eficácia suficiente para permitir ao estrangeiro o acesso ao trabalho no serviço público, visto que eventual lei regulamentadora, salvo as restrições relacionadas à segurança nacional, não poderá dispor sobre o direito do estrangeiro ser, ou não, investido nos cargos, empregos ou funções públicas. (Santa Catarina, 2023)

O Estado de Santa Catarina e a Assembleia Legislativa recorreram dessa decisão e o TJSC já admitiu tanto o recurso extraordinário, como o recurso especial, de modo que, em poucos meses, o STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) colocarão à prova suas convicções a respeito da natureza da norma constitucional do art. 37, I, da CF.

## 3.2 REFLEXÕES CRÍTICAS NO COTEJO ENTRE AS JURISPRUDÊNCIAS BRASILEIRA E INTERAMERICANA

Para a doutrina crítica dos direitos humanos, não haveria muitas dúvidas de que a decisão do “Caso Hendrix” deveria ter pendido em favor do cidadão que buscou a Corte alegando violação de seus direitos. Herrera Flores, por exemplo, tem uma passagem em sua obra que se amolda exatamente ao problema em estudo:

> A maior violação aos direitos humanos consiste em impedir que algum indivíduo, grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais; entre os quais, se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente. Não permitir que as pessoas que querem e desejam trabalhar em nossos países tenham acesso ao direito à cidadania, bem como impedir que as mulheres tenham acesso à educação ou à saúde constituem violações de direitos humanos da pior espécie, uma vez que afetam o que é universal na proposta dos direitos: a possibilidade de lutar pela consecução da dignidade. Com nosso diamante ético, pretendemos, pois, oferecer uma figura útil para o estudo de um tema tão plural, híbrido e impuro como os direitos humanos e, também, expor as bases que permitam construir uma prática complexa que saiba unir os diferentes elementos que os compõem. (2009, p. 113-114)

Como visto no item 1.1 deste artigo, porém, não foi o que ocorreu. O quadro jurídico e fático exposto nos dois itens anteriores, contudo, permite uma série de reflexões a respeito das razoes para isso – duas das quais serão expostas a seguir.

Primeiramente, há que se questionar se o "Caso Hendrix" realmente implica numa reviravolta na jurisprudência da Corte IDH, ou se seria mais como "um ponto fora da curva", devido às peculiaridades que apresentava.

Como seres humanos que são, os membros do órgão julgador também estão sujeitos a vieses. Silva (2018, p. 23) explica que os "os efeitos deletérios dos vieses de cognição sobre o processo jurisdicional" precisam ser conhecidos e combatidos,

> [...] porque o processo deve ser entendido como uma estrutura procedimental de atos concatenados, orientados precipuamente pelo direito ao contraditório de influência, garantindo-se o melhor debate entre as partes do processo, para que a função jurisdicional seja exercida por meio de decisões jurídicas válidas, que não levem em consideração a subjetividade do julgador – e aí encontra-se o problema dos vieses de cognição -, mas tão somente a objetividade das questões debatidas, face ao ordenamento jurídico.

Ricardo C. Pérez Manrique, o Presidente do julgamento, é uruguaio; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot é mexicano; Humberto A. Sierra Porto é colombiano; Nancy Hernández López é costarriquenha; Verónica Gómez é argentina; Patricia Pérez Goldberg é chilena e Rodrigo Mudrovitsch, como já mencionado, é brasileiro (Corte IDH, s/d). Todos os juízes e juízas são de países sujeitos à autoridade da Corte IDH, pertencentes ao chamado Sul global.

O "Caso Hendrix" traz justamente a peculiaridade da inversão em relação ao que normalmente é submetido à apreciação da Corte – um cidadão do Norte global alegando violação de direitos por parte de um Estado do Sul global. Ora, nos pareceres consultivos nº 16/99 (Corte IDH, 1999) e 18/03 (Corte IDH, 2003), já citados linhas atrás, o que se apresentada era justamente a posição de cidadãos mexicanos pedindo auxílio do sistema interamericano em razão de privações nas condenações a penas de morte nos Estados Unidos, bem como sofrendo discriminações na proteção de seus direitos trabalhistas, por não serem nacionais estadunidenses. Mesmo quando o conflito é Sul-Sul, geralmente a vítima provém de um país menos desenvolvido que o Estado apontado como agressor, a exemplo dos haitianos expulsos da República Dominicana, do equatoriano deportado do Panamá, nos casos "*Las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*", de 2005, "*Vélez Loor Vs. Panamá",* de 2010, e "*Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*", citados por Mudrovitsch (Corte IDH, 2023, p. 10-11 do voto vencido).

Com a inversão verificada no caso "Hendrix *versus* Guatemala", ou seja, um cidadão americano que tinha um emprego numa agência estatal americana, que sequer mantinha

residência fixa no país (ia e vinha todos os anos), mas que queria um posição pública de alto prestígio e possibilidade de ganhos econômicos significativos, a sensibilidade ou a empatia dos magistrados para com sua situação pessoal certamente não seria algo com que a vítima poderia contar – exceto em relação ao juiz brasileiro, como se viu.

À luz do estudo de Silva (2018, p. 40), talvez se possa dizer que se identifique aí um viés de estereótipo dos juízes em relação a Hendrix, ou seja, aquele viés em que se espera "que um membro de um grupo tenha certas características, conforme um determinado padrão, sem ter informações reais sobre esse indivíduo". O próprio Mudrovitsch (Corte IDH, 2023, p. 6 do voto) lança no ar essa possibilidade, ao denunciar que "ao escolher o prisma de análise, a posição majoritária da Corte modificou indevidamente o contexto fático do caso e alterou o próprio conteúdo dos atos internos que foram submetidos a sua jurisdição".

Seja como for, a decisão deve continuar gerando debates pelo resultado que provocou – a possibilidade de um retrocesso em matéria de promoção do direito à igualdade e não discriminação entre pessoas com diferentes cidadanias, como também se lembrou, no voto vencido do juiz brasileiro,

> […] *el deber de la Corte IDH, en cada caso concreto, de contemplar las implicaciones de su Sentencia en la construcción de sus estándares, a fin de garantizar la solidez de su cadena de precedentes.* (Corte IDH, 2023, p. 37 do voto vencido)

Em segundo lugar, diante do que foi exposto nos itens 2.2 e 3.1 deste trabalho, seria possível concluir que, paradoxalmente, a jurisprudência brasileira foi (no caso do TJRS) e é (no caso do TJSC), aparentemente, mais progressista do que a própria Corte IDH, em matéria de não discriminação de pessoas por conta da nacionalidade, para fins de admissão a cargos e funções públicas. Ao mesmo tempo, o STF tem entendimento prevalente que, hoje, é similar ao da Corte IDH, como se pôde observar no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 1032 (Brasil, 2023).

Ao colocar o princípio da igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e seus familiares, previsto na Lei de Migração, como uma norma jurídica mais cogente que as regras que restringem o acesso de pessoas a cargos em função de sua nacionalidade, por exemplo, o Tribunal de Justiça catarinense ultrapassa a mera interpretação analítica positivista do ordenamento como um sistema hierarquizado de leis e prima pela realização do que é considerado mais justo.

Da mesma maneira, ao invocar a Convenção da Guatemala de 2013, os desembargadores catarinenses deram aplicação prática à previsão do art. 5º, §2º, da CF/88, que diz que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes

do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em outras palavras, fez o compromisso internacional no combate à discriminação valer mais do que a legislação interna.

Douzinas (2009, p. 30) ensina que uma concepção de direitos humanos que coloca toda sua confiança nos centros de poder, nas instituições e nos juízes, frustra sua razão de ser, que é justamente defender as pessoas contra essas instituições e poderes. Talvez, por isso, mesmo, querer a máxima promoção do direito à igualdade e à não discriminação seja esperar demais de uma instituição como a Corte IDH, que é criticada pela ausência de transparência da seleção de seus integrantes, pela demora na entrega da prestação jurisdicional e pela pouca efetividade que consegue a partir de suas decisões, ao mesmo tempo em que vive as contingências da falta de financiamento adequado para prestar seus serviços.

De outro lado, o mesmo Douzinas (2009, p. 384) conclui sua obra mais conhecida dizendo que "o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico". Ou seja, só existem direitos humanos quando ainda se tem um caminho a percorrer, um objetivo a alcançar. Usar dos direitos humanos para chancelar uma prática discriminatória beira o contrassenso.

Talvez em razão desse mesmo entendimento é que o Juiz Mudrovitsch, em seu voto vencido, exorta a Corte a repensar sua posição no "Caso Hendrix", lembrando do

> […] *sólido compromiso de la jurisprudencia interamericana de dar el máximo alcance al principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, proclama la obligación de los Estados de eliminar cualquier disposición que establezca restricciones de derechos entre nacionales y no nacionales que no sean razonables o se basen en criterios objetivos.* (Corte IDH, 2023, p. 12 do voto vencido)

Ainda que a tentação de concluir que a jurisprudência encontrada no Rio Grande do Sul (2003 e 2005) e em Santa Catarina (2023) seja mais progressista que a da Corte IDH, há que se ter cautela ao fazer tal afirmação, visto que todos os acórdãos encontrados e aqui mencionados partem de uma norma constitucional brasileira que albergava, ao menos em tese, a possibilidade legal de implementação do direito de acesso a pessoas sem nacionalidade local aos cargos da Administração brasileira – coisa muito distinta do que a Corte IDH teve sob sua análise. No caso, a Constituição guatemalteca apenas anunciava uma igualdade entre todas as pessoas, mas ao mesmo tempo dizia que "*[l]os guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez*", sem abrir espaço para pessoas sem a cidadania local fazerem o mesmo.

Em outras palavras, pode-se dizer que uma eventual decisão da Corte IDH contrária

ao Estado da Guatemala representaria uma ofensa direta ao texto constitucional daquele país, enquanto, no caso brasileiro, o que se fez foi apenas suprir uma omissão legislativa inconstitucional.

Dito isso, o que se pode dizer, com segurança, é que o corajoso voto do Juiz Mudrovitsch foi mais vanguardista e ampliativo do que qualquer dos julgados aqui analisados.

## CONCLUSÕES

Como visto, o "Caso Hendrix *versus* Guatemala" é uma decisão bastante recente no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, que promete ser foco de discussões futuras a respeito de seu alcance e relevância no contexto da jurisprudência da Corte IDH. A decisão nele tomada parece, à primeira vista, ter-se distanciado dos precedentes do mesmo órgão judicial, como denunciou o juiz brasileiro Rodrigo Mudrovitsch, em seu voto vencido.

Se autores críticos às teorias tradicionais dos direitos humanos apontam para a necessidade de um ativismo utópico no sentido da ampliação desses direitos, o que dizer de uma decisão de uma Corte que se vale deles justamente para consagrar uma discriminação em face de um indivíduo que a procura como último recurso para obter a Justiça?

Neste trabalho, foi possível percorrer um pouco do que hoje é dito no Judiciário brasileiro a respeito do acesso de não nacionais a cargos públicos, para, em comparação com as decisões da Corte IDH sobre o mesmo assunto, traçar alguns paralelos e pontos de divergência.

Cogitou-se da possibilidade de que a sentença do "Caso Hendrix" tenha sido influenciada pela peculiaridade que o caso concreto apresentava, no qual um cidadão do Norte global, com boas condições econômicas, reclamava de discriminação por parte de um Estado do Sul global – quando se sabe que não haveria reciprocidade em seu país de origem, se o pleito fosse invertido. Nesse ponto, lançou-se uma discussão sobre a importância dos vieses cognitivos na tomada de decisões judiciais.

Por fim, apontou-se os méritos da jurisprudência brasileira ao albergar certos avanços dos direitos humanos, notadamente por incorporar como direito cogente convenções internacionais e fazê-las superar a legislação interna, mas relativizou-se o seu caráter de vanguarda pelo fato de que a própria Constituição brasileira dá mais espaço para essa atuação – diferentemente do que ocorre com outras Constituições latino-americanas, com as quais a Corte IDH tem de lidar em suas decisões sobre violações de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS


BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - os conceitos fundamentais. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1032 [de Repercussão Geral]** - Direito de candidato estrangeiro 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. Brasília, 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5594844&numeroProcesso=1177699&classeProcesso=RE&numeroTema=1032. Acesso em: 8 nov. 2023.

CORTE IDH. *Guatemala no es responsable por no autorizar el ejercicio del notariado a un ciudadano estadounidense* [comunicado]. San José, Costa Rica, 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_61_2023.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023.

CORTE IDH. *Caso Hendrix vs. Guatemala - Sentencia de 7 de marzo de 2023* [documento]. San José, Costa Rica, 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_485_esp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023.

CORTE IDH. Composição atual da Corte IDH. [Página de *internet*] San José, s/d. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm?lang=pt. Acesso em: 16 nov. 2023.

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984 - propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. San José, Costa Rica, 1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023.

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999 - el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. San José, Costa Rica, 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023

CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03, del 19 de enero de 2003- condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. San José, Costa Rica, 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2023

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos.** Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

LEGALE, Siddharta; CYRILLO, Carolina. Um *stare (in)decisis* interamericano no caso Hendrix *vs* Guatemala (2023)? *In*: **JOTA** [s.l.] 7 de novembro de 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direitos-humanos-sem-fronteiras/um-stare-indecisis-interamericano-no-caso-hendrix-vs-guatemala-2023-07112023. Acesso em: 8 nov. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 39 ed. Barueri: Grupo GEN, 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. “Concurso público. Cargo de médico. Estrangeiro com visto de permanência no Brasil. Edital do concurso, impondo restrições, expedido depois da EC 19/98, que deu nova redação ao art. 37, I, da CF. Legislação municipal não recepcionada pela nova ordem constitucional. candidato residente no país desde o ano de 1974, inclusive já aposentado em outro cargo de médico, que concorre sem outro candidato no certame. Direito líquido e certo violado, segurança concedida. Sentença confirmada em reexame necessário”. **Processo Nº 70005231345,** Terceira Câmara Cível, Porto Alegre, 2003. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 16 nov. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. “Reexame necessário. Constitucional e administrativo. Município de Soledade. Concurso Público – Edital N.º 025/2004. Inscrição de estrangeiro. Não-homologação da inscrição. Vedação estabelecida no edital. Consonância com a Lei Orgânica Municipal, art. 36 e antiga redação do art. 37, I da CF. Nova redação do art. 37, I, dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Legislação municipal não acolhida pela nova ordem constitucional. Concessão da segurança na origem. Sentença confirmada em reexame necessário”. **Processo Nº 70010299337,** Quarta Câmara Cível, Porto Alegre, 2005. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 16 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. “Mandado de Injunção. Acesso aos cargos públicos por estrangeiros. Alegada omissão legislativa estadual quanto à regulamentação do art. 37, I, parte final, da CF/88, reproduzida no art. 21 da Constituição estadual”. **Mandado de injunção (Órgão Especial) Nº 5029132-42.2021.8.24.0000/SC**. Florianópolis, 2023. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/processo-eletronico-eproc. Acesso em: 16 nov. 2023.

SILVA, Natanael Lud Santos e. **Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Orientador: Dierle José Coelho Nunes. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2018.