
JULIA MENDOZA E OUTROS vs. ESTADO DE MEKINÊS

MEMORIAL DAS VÍTIMAS

ÍNDICE

1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	4
1.1. Livros e artigos jurídicos.....	4
1.2. Lista de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	4
1.3. Lista de casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	7
1.4. Lista de Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos...8	
2. SIGLAS E ABREVIATURAS.....	9
3. DECLARAÇÃO DOS FATOS.....	10
3.1. Panorama geral do Estado de Mekinês.....	10
3.2. Julia Mendoza, Marcos Herrera e o processo judicial na jurisdição doméstica...11	
3.3. Procedimentos no Sistema Interamericano.....	13
4. ANÁLISE LEGAL.....	13
4.1. Da admissibilidade.....	13
4.2. Do mérito.....	14
4.2.1. Da situação de Mekinês.....	14
4.2.1.1. Discriminação estrutural racial (artigos 2º, 3º e 4º da CIRDI, e artigo 24 da CADH).....	14
4.2.1.2. Intolerância religiosa e dever de investigar (artigos 8.1 e 12 da CADH)....	19
4.2.1.3. Nexo de causalidade entre o contexto e o caso.....	24
4.2.2. Do caso das petionárias.....	24
4.2.2.1. Discriminação direta, imparcialidade e ausência de motivação das decisões (artigos 8.1, 12 e 24 da CADH).....	24

4.2.2.2. A obrigação estatal de garantia (artigo 8.1 da CADH).....	32
4.2.2.3. O interesse superior da criança e os efeitos do processo nas Vítimas (artigos 17 e 19 da CADH).....	34
4.3. Do dever de controle de convencionalidade.....	41
5. PETITÓRIO.....	42

1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.1. Livros e artigos jurídicos

- ARLETTAZ, Fernando. *La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 1, 2011, pp. 39-58.....p.19
- CRUZ, Elisa Costa. *A vulnerabilidade de crianças na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de casos e de formas de incorporação no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, RT 999, janeiro de 2019.....p.38
- LOPES, Nei. *Religiões afro-brasileiras, uma questão filosófica*. Portal Geledés, 19 mai. 2014.....p.21
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral No. 12 (2009): O direito da criança de ser ouvida*. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/671444>.....p.26

1.2. Lista de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

- Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C No. 182.....p.30
- Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239.....pp.26, 34, 36, 38, 40
- Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2021. Série C No. 435.....p.41
- Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C No. 167.....p.22

<i>“Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala.</i> Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63.....	p.22
<i>Cruz Sánchez e outros Vs. Peru.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C No. 292.....	p.21
<i>Duque Vs. Colômbia.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C No. 310, par. 165.....	p.29
<i>Favela Nova Brasília Vs. Brasil.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333.....	p.22
<i>Fernández Ortega e outros Vs. México.</i> Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215.....	p.22
<i>Fernández Prieto e Tumbeiro Vs. Argentina.</i> Mérito e Reparações. Sentença de 1º de setembro de 2020. Série C No. 411.....	p.41
<i>Flor Freire Vs. Equador.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C No. 315.....	p.30
<i>Fornerón e filha Vs. Argentina.</i> Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C No. 242.....	pp.29, 34, 38
<i>Furlan e Familiares Vs. Argentina.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246.....	p.27
<i>García Ibarra e outros Vs. Equador.</i> Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C No. 306.....	p.22
<i>Gelman Vs. Uruguai.</i> Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221.....	p.36

<i>Godínez Cruz Vs. Honduras</i> . Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Sentença de 17 de agosto de 1990. Série C No. 10.....	p.19
<i>Guachalá Chimbo e outros Vs. Ecuador</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 423.....	p.17, 26
<i>Herrera Ulloa Vs. Costa Rica</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107.....	pp.30, 35
<i>López Soto e outros Vs. Venezuela</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C No. 362.....	p.19
<i>Manuela e outros Vs. El Salvador</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 2 de novembro de 2021. Série C No. 441.....	p.29
<i>Massacre da Rochela Vs. Colômbia</i> . Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2008. Série C No. 175.....	p.21
<i>Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134.....	p.35
<i>Massacres de Río Negro Vs. Guatemala</i> . Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C No. 250.....	p.19
<i>Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C No. 251.....	p.33
<i>Olivares Muñoz e outros Vs. Venezuela</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de novembro de 2020. Série C No. 415.....	p.42
<i>Pavez Pavez Vs. Chile</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de fevereiro de 2022. Série C No. 449.....	p.23

<i>Radilla Pacheco Vs. México</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209.....	p.33
<i>Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 9 março de 2018. Série C No. 351.....	pp.29, 37, 40
<i>Ricardo Canese Vs. Paraguai</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C No. 111.....	p.35
<i>Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.....	pp.15, 17, 19, 20
<i>Vargas Areco Vs. Paraguai</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 155.....	p.19
<i>Velásquez Rodríguez Vs. Honduras</i> . Interpretação da Sentença de Reparações e Custas. Sentença de 17 de agosto de 1990. Série C No. 9.....	p.19
<i>Vicky Hernández e outras Vs. Honduras</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422.....	pp.16, 18, 20, 21, 33
<i>Ximenes Lopes Vs. Brasil</i> . Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149.....	pp.19, 32
<i>Yatama Vs. Nicarágua</i> . Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127.....	p.17

1.3. Lista de casos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

<i>Bektaş e Özalp Vs. Turquia</i> . Sentença de 20 de abril de 2019.....	p.22
<i>Emars Vs. Letônia</i> . Sentença de 18 de novembro de 2014.....	p.22
<i>Eweida e outros Vs. Reino Unido</i> . Sentença de 27 de maio de 2013.....	p.21

<i>İzzettin Doğan e outros Vs. Turquia</i> . Sentença de 26 de abril de 2016.....	p.20
<i>Morris Vs. Reino Unido</i> . Sentença de 26 de Fevereiro de 2002.....	p.30
<i>Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia</i> . Sentença de 14 de abril de 2015.....	p.22
<i>Pabla KY Vs. Finlândia</i> . Sentença de 26 de Junho de 2004.....	p.30
<i>Sahin Vs. Alemanha</i> . Sentença de 8 de julho de 2003.....	p.27
<i>Saviny Vs. Ucrânia</i> . Sentença de 18 de dezembro de 2008.....	p.29
<i>Şandru e outros Vs. Romênia</i> . Sentença de 8 de dezembro de 2009.....	p.22
<i>Tyrer Vs. Reino Unido</i> . Sentença de 25 de abril de 1978.....	p. 35
<i>X. Vs. Suécia</i> . Sentença de 12 de dezembro de 1977.....	p.23

1.4. Lista de Opiniões Consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. <i>Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002</i> . Série A No. 17.....	pp. 26, 29, 31, 34, 36, 40
Identidade de Gênero, Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo. <i>Opinião Consultiva OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017</i> . Série A No. 24.....	pp. 24, 25, 26

2. SIGLAS E ABREVIATURAS

CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CDCNU	Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIRDI	Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância
CSJ	Corte Suprema de Justiça de Mekinês
CTI	Conselho Tutelar da Infância
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
EIA	Estatuto da Infância e da Adolescência
EPMRC	Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas
ISMRC	Interpretação da Sentença de Mérito, Reparações e Custas
ISRC	Interpretação da Sentença de Reparações e Custas
MR	Mérito e Reparações
MRC	Mérito, Reparações e Custas
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

3. DECLARAÇÃO DOS FATOS

3.1. Panorama geral do Estado de Mekinês

1. Mekinês é uma república federativa democrática, composta por 32 estados e cujo idioma oficial é o portunhol. O Estado ratificou os principais tratados internacionais de direitos humanos, como a CADH em 1984 - reconhecendo a competência contenciosa da CtIDH no mesmo ano - e a CIRDI em 2019.

2. Embora mais da metade da população se autodeclare afrodescendente, Mekinês ainda lida com seu passado colonial e escravocrata. Como exemplo, pessoas analfabetas ficaram impedidas de votar por quase um século após a abolição da escravidão, o que afetou desproporcionalmente a população negra do país.¹ Além disso, apesar da laicidade constitucionalmente assegurada, houve oposição estatal a religiões de matriz africana: até 1940, com a criminalização de ritos, cultos e práticas afrodescendentes.²

3. Os impactos desse problema podem ser percebidos nos valores da sociedade mekinense. Suas cortes entendem que o Candomblé e a Umbanda não seriam religiões, por falta de livro central, hierarquia e monoteísmo.³ Desde as eleições de 2018, o eleitorado de Mekinês tem ampliado a presença de bancadas evangélicas e católicas.⁴ Por exemplo, as plataformas de mídia mekinenses – controladas por famílias católicas – demonizam as religiões de matriz africana e evitam compartilhar quaisquer informações objetivas sobre elas, o que resulta em uma crescente marginalização de seus praticantes.⁵

¹ Caso hipotético, par. 5.

² Caso hipotético, par. 6.

³ Caso hipotético, par. 17.

⁴ Caso hipotético, par. 12.

⁵ Caso hipotético, par. 24.

4. Em 2018, ascendeu à presidência um candidato de bandeira cristã. Ao longo de seu mandato, indicou um Ministro da CSJ abertamente evangélico e enfraqueceu instituições que lutam por direitos humanos, como a Secretaria do país sobre essa temática.

5. Relatórios oficiais de 2019, ano subsequente às eleições presidenciais, registram um aumento de 56% na prestação de queixas por intolerância religiosa, especialmente no que diz respeito ao Candomblé e à Umbanda.⁶ Entretanto, pesquisas da sociedade civil apontam que houve um aumento de 78%. Estas denúncias, porém, não chegam às autoridades competentes, seja porque as pessoas desconhecem os canais para tanto, seja porque desconfiam das instituições estatais e acreditam que os agentes do Estado também podem ser propagadores da mesma intolerância.

6. Além disso, segundo dados oficiais, dos 2.227 pedidos de perda de custódia parental, 56% foram acolhidos. Considerando o universo das denúncias acolhidas, 233 delas relacionam-se com o tema da intolerância religiosa e são referentes a seguidores de religiões de matriz africana. Isso corresponde a cerca de 15,2% de todas as perdas de tutela; em contraste, levantamentos indicam que apenas 2% da população de Mekinês professa tais religiões.⁷

3.2. Julia Mendoza, Marcos Herrera e o processo judicial na jurisdição doméstica

7. Julia Mendoza e Marcos Herrera, divorciados, têm uma filha de dez anos, Helena Mendoza Herrera, que está sob a guarda da mãe desde o divórcio. Em 2017, dois anos após a separação, Julia iniciou um relacionamento com Tatiana Reis, e passaram a morar juntas em 2020. À época, Helena decidiu participar do rito de iniciação do Candomblé, já que havia sido criada sob os preceitos da religião durante toda a sua infância – inclusive contando com a anuência de Marcos.⁸

⁶ Caso hipotético, par. 12.

⁷ Perguntas de esclarecimento, par. 1.

⁸ Caso hipotético, par. 28.

O ritual é baseado no recolhimento da iniciante no terreiro e na realização de pequenas incisões na pele.

8. Marcos fez uma denúncia ao CTI, alegando que Helena foi forçada a permanecer no terreiro e sofreu violência durante o rito. Aduziu, ainda, que a criança não deveria estar sob a guarda de Julia, pois a orientação sexual e religiosa da mãe comprometeria o desenvolvimento físico e emocional de Helena, e o reconhecimento jurídico de relacionamentos homoafetivos distorceria o significado de família como um casal heterossexual e seus descendentes.⁹

9. Então, o Conselho registrou uma denúncia por privação de liberdade e lesões, à qual não foi dado andamento. Perante a Vara Cível, solicitou que a custódia de Helena fosse imediatamente concedida a Marcos, afirmando que Helena seria afetada tanto pela homoparentalidade, que prejudicaria as habilidades parentais do casal, quanto pelo Candomblé, que a privaria de criar uma “visão de mundo completa”, que apenas seria possível com uma educação religiosa adequada.¹⁰

10. Na primeira instância da esfera cível, Marcos conseguiu a transferência da custódia de sua filha. Foram considerados na decisão, além de argumentos fundamentados em “uma sociedade heterossexual e tradicional”, a possível matrícula de Helena em uma escola católica e a estrutura doméstica que seria disponibilizada à criança na casa do pai.¹¹ A decisão desconsiderou a oitiva da criança, dada tanto no processo jurídico quanto no administrativo.

11. Em seguida, Julia apresentou apelação perante a segunda instância, e teve seu pleito deferido. Opondo-se à evidente discriminação ocorrida na instância anterior, o Tribunal afirmou que a orientação sexual e a religião não podem desqualificar alguém como mãe, e tampouco causar a perda de custódia na legislação nacional. Além disso, entendeu que Helena decidiu participar das

⁹ Caso hipotético, par. 30.

¹⁰ Caso hipotético, par. 31.

¹¹ Caso hipotético, par. 33.

práticas religiosas conscientemente, e que o Poder Judiciário não deve utilizar suposições como base de julgamentos.¹²

12. Já em maio de 2022, a CSJ julgou o caso em última instância, concedendo a custódia de Helena a Marcos. Argumentou-se conforme o juízo de primeiro grau, isto é, no sentido do melhor “desenvolvimento psicológico e socioeconômico da criança”, bem como da priorização da liberdade religiosa dos jovens.¹³

3.3. Procedimentos no Sistema Interamericano

13. Em setembro de 2022, Julia e sua parceira, Tatiana, protocolaram uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitando a responsabilização do Estado pela violação dos arts. 12, 17, 19 e 24 da CADH, combinados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, e dos arts. 2º, 3º e 4º da CIRDI. Em outubro do mesmo ano, após a publicação do Relatório nº 88/22, a Comissão ratificou o pleito das Vítimas e ressaltou o descumprimento do artigo 8.1 da CADH, em razão da violação do acesso à justiça e à imparcialidade.¹⁴ Por fim, em dezembro, o caso foi submetido ao exame desta Corte.¹⁵

4. ANÁLISE LEGAL

4.1. Da admissibilidade

14. O caso é admissível pelos quatro critérios pertinentes para a Corte: *ratione temporis*, *ratione loci*, *ratione materiae* e *ratione personae*. Primeiramente, as violações aos direitos das

¹² Caso hipotético, pars. 34 e 35.

¹³ Caso hipotético, pars. 37 e 38.

¹⁴ Caso hipotético, pars. 41 e 42.

¹⁵ Caso hipotético, par. 43.

peticionárias ocorreram após o reconhecimento da competência contenciosa da Corte, de modo que o Estado já havia contraído a obrigação de respeitar e assegurar os direitos consagrados na CADH. Em segundo lugar, os fatos aconteceram no território de Mekinês, país que ratificou a CADH. Em terceiro plano, o caso versa sobre denúncias de violações aos direitos humanos protegidos pela Convenção, em especial os artigos 1.1, 2, 8, 12, 17, 19 e 24 desta. Por fim, o Estado se comprometeu a proteger os direitos dos indivíduos sob sua jurisdição, critério no qual se encaixam as vítimas.

15. Vale ressaltar que, além de os critérios delineados no artigo 46 da CADH terem sido atendidos, o Estado renunciou expressamente à interposição de exceções preliminares. Assim, o presente caso preenche os requisitos de admissibilidade necessários.

4.2. Do mérito

4.2.1. Da situação de Mekinês

4.2.1.1. Discriminação estrutural racial (artigos 2º, 3º e 4º da CIRDI, e artigo 24 da CADH)

16. O artigo 2 da CIRDI reitera a igualdade de todos perante a lei, assegurando a proteção contra o racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância. Já o artigo 3 destaca o direito universal ao reconhecimento, gozo, exercício e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos planos individual e coletivo. Embora Mekinês tenha ratificado a CIRDI, seus habitantes sofrem com o desrespeito a essas garantias, resultado de uma estrutura social contaminada pelo racismo.

17. A discriminação institucionalizada ainda perdurou de outras formas pelos anos seguintes após a tardia abolição da escravidão. A exclusão do direito ao voto aos analfabetos, vigente de 1901 a 1982, atingia justamente a parcela da população em maior vulnerabilidade social, aqueles

recém libertos do trabalho escravo. A expressão e afirmação social desse grupo também foi negada, sendo as manifestações de fé de matriz africanas criminalizadas até 1940, e até hoje não reconhecidas como religião.

18. Esse histórico de marginalização produz efeitos até hoje. A população afrodescendente, correspondente a 55% dos mekinenses, é justamente a principal vítima da desigualdade nacional em distribuição de renda - uma das maiores desigualdades econômicas do mundo.¹⁶ Em *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, observou-se que as vítimas compartilhavam características semelhantes de vulnerabilidade social, sendo possível a percepção de risco imediato aos direitos humanos das pessoas nessa situação.

19. A CtIDH decidiu pela responsabilização internacional do Estado quando não houvesse medidas específicas contra a discriminação estrutural que afeta a população vulnerável.¹⁷ Pode-se aplicar essa mesma lógica na identificação de violações às liberdades fundamentais dos afromekinenses, pois sua sistemática exclusão é a expressão de uma discriminação estrutural, violando os artigos 2 e 3 da CIRDI.

20. Já o compromisso assumido pelos Estados no artigo 4 da CIRDI consiste em prevenir, eliminar, proibir e punir as manifestações discriminatórias. Entre as práticas listadas pelo artigo, destaca-se o inciso IX, relativo à restrição ou limitação das práticas culturais, e nota-se que as manifestações tradicionais afrodescendentes ainda são foco de estigma, preconceito e marginalização.

21. Logo, a invalidação da manifestação religiosa pela atribuição a sentidos negativos é uma forma de discriminação direta a Julia e Helena, bem como à comunidade que partilha da mesma

¹⁶ Caso hipotético, par. 4.

¹⁷ CtIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318, pars. 338 e 339.

fé. No caso, o racismo é manifestado através da intolerância religiosa observada na sociedade civil, nas instituições e nos próprios juízes. Até mesmo o fato de o Candomblé não ser reconhecido como religião, por estar fora dos critérios determinados para caracterizá-las, é uma expressão discriminatória.

22. A CIRDI define também, em seu artigo 1.2, o conceito de discriminação indireta. Ela ocorre quando uma norma, ação ou critério aparentemente neutro pode gerar situações de desvantagem para um grupo específico. Ainda que a jurisprudência de Mekinês tenha adotado o critério de melhor interesse da criança, que parece não promover discriminação (*de jure*), os seus efeitos geram uma discriminação *de facto* à mães negras, atingidas pelo histórico escravocrata do país, levadas à uma situação de enfraquecimento socioeconômico.

23. Por jurisprudência da CtIDH, é dever dos Estados não tomar atitudes que, direta ou indiretamente, impliquem circunstâncias discriminatórias, seja *de jure*, seja *de facto*.¹⁸ Logo, aplicando ampliativamente a noção de que o pai ou a mãe com maior renda deve obter a custódia dos filhos, o efeito é que pessoas negras, na maioria das vezes, não ganham a guarda, pois fatores estruturais as colocam em uma posição socioeconômica pior do que pessoas brancas.

24. Nesse contexto, cabe se voltar ao artigo 24 da CADH, que estabelece a igualdade perante a lei, ou seja, proíbe proteção desigual e discriminatória na lei interna ou na sua aplicação, enquanto o artigo 1.1 pressupõe o gozo sem discriminação dos direitos presentes na Convenção.¹⁹ Ademais, o artigo 24 apresenta duas dimensões: a formal, que estabelece a igualdade formal ante a lei, e a material ou substancial, que exige a adoção de providências estatais positivas em favor

¹⁸ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422, par. 64.

¹⁹ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. EPMRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422., par. 65.

de grupos historicamente discriminados em razão das condições sociais passíveis de discriminação elencadas no artigo 1.1.²⁰

25. Há, dessa forma, uma violação sistemática ao aspecto material do artigo 24 contra a população negra de Mekinês, ao passo em que o Estado não tomou atitudes positivas eficientes para mitigar as desigualdades econômicas estruturais existentes. O tratamento destinado a pessoas negras e brancas é desproporcional, face ao requisito econômico empregado para a guarda, de forma que negros têm menos chances de manter a guarda de seus filhos. Assim, o critério legal figura discriminatório, ainda que não expressamente, gerando consequências diferentes.

26. Esse fenômeno é conhecido na doutrina estadunidense como Teoria do Impacto Desproporcional, e foi enfrentado pela CtIDH no caso *Yatama Vs. Nicarágua*, no qual uma mudança legislativa criou novos requisitos para a candidatura às eleições do país. Porém, a alteração gerou, não intencionalmente, o efeito de impedir que membros da organização Yatama - representantes de comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica da Nicarágua - se candidatassem aos cargos. A CtIDH conclui que os candidatos da Yatama foram especialmente impactados pela nova legislação, que se mostrou discriminatória.²¹ Essa omissão em face da violação de direitos em contexto estrutural, segundo posicionamento da Corte, caracteriza responsabilidade internacional.²²

27. Outro fator importante é a percepção de que Julia está sujeita a outros tipos de discriminação, sendo mulher e parte da comunidade LGBTQIA+, grupo cuja vulnerabilidade

²⁰ CtIDH. *Caso Guachalá Chimbo e outros Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 423, par. 167.

²¹ CtIDH. *Caso Yatama Vs. Nicarágua*. EPMRC. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C No. 127, par. 224.

²² CtIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No.318, par. 338

histórica é reconhecida pela CtDH²³. Em *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*, reconheceu-se a discriminação interseccional: ou seja, quando há vários fatores discriminatórios combinados, que aumentam o risco de violações de direitos humanos.²⁴ Para Julia, essa espécie surge da vulnerabilidade histórica do sexo feminino, da raça e da orientação sexual²⁵, configurando assim ao menos três fatores discriminatórios convergentes

28. Nos últimos anos, Mekinês também presenciou a ascensão de figuras conservadoras, que pautam o retrocesso dos direitos humanos como agenda política. Infiltrando seus ideais nas instituições e até mesmo na grande mídia, esses agentes legitimam o discurso de ódio contra grupos minoritários - sendo evidente a quebra dos limites do Estado laico. Esse crescente retrocesso sociopolítico deixa as vítimas ainda mais vulneráveis à discriminação, de forma que Mekinês endossa a estrutura de intolerância e se afasta, cada vez mais, da criação de um aparato estatal preparado para amenizar esse ambiente hostil. Por exemplo, no caso *Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*, esse discurso preconceituoso e a exclusão social configuraram nexos causais com a materialização de crimes de ódio, provando o estreito limite entre essas ações.²⁶

29. Portanto, de um lado, o Estado de Mekinês apresenta posicionamentos oficiais direcionados à assunção de compromissos com os direitos humanos; de outro, a efetividade desses direitos é constantemente desafiada por uma barreira de discriminação estrutural. A aparente democracia racial configura-se apenas como um mito, utilizado para mascarar o racismo velado

²³ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422., par. 67.

²⁴ CtIDH. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298, par. 288.

²⁵ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422., par. 67.

²⁶ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422., par. 70

nas instituições, costumes e políticas.²⁷ A posição de desvantagem social em que Julia se encontra, desse modo, é um resultado do desequilíbrio entre a lei e a realidade, entre o ser e o dever-ser.

4.2.1.2. Intolerância religiosa e dever de investigar (artigos 8 e 12 da CADH)

30. O artigo 12 da CADH institui o direito universal à liberdade de consciência e religião, que se trata da garantia à conservação, à profissão e à divulgação de religiões ou de crenças, bem como à eventual mudança de pensamento.²⁸ Esta liberdade, cuja limitação só poderá ocorrer por vias legislativas excepcionalíssimas, contempla uma dimensão individual e uma coletiva.²⁹

31. Esse dever enseja ao Estado uma obrigação negativa de respeito, à luz dos artigos 1.1 e 2 da CADH³⁰, vedando-se quaisquer atos que restrinjam a liberdade religiosa. Por outro lado, o Estado tem a obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para assegurar o pleno exercício de tal direito. Ou seja, é o dever de prevenir³¹, de investigar³² e de sancionar as violações de direitos humanos, bem como de organizar o poder público para tanto.³³

32. Em Mekinês, violam-se as três dimensões. Quanto à prevenção, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do Estado está vinculada à inércia perante o seu conhecimento – ou o seu dever de saber – de “um risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou grupo de

²⁷ GONZALES, L. (2020). *Por um feminismo afro-latino-americano*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar.

²⁸ CtIDH. *Caso Massacres de Río Negro Vs. Guatemala*. EPMRC. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C No. 250, par. 154.

²⁹ ARLETTAZ, Fernando. *La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista Internacional de Derechos Humanos, vol. 1, 2011, pp. 39-58 (p. 43).

³⁰ CtIDH. *Caso López Soto e outros Vs. Venezuela*. MRC. Sentença de 26 de setembro de 2018. Série C No. 362, par. 128.

³¹ CtIDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. ISRC. Sentença de 17 de agosto de 1990. Série C No. 9, par. 174.

³² CtIDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. MRC. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149, par. 177; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai*. MRC. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 155, par. 74.

³³ CtIDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. ISRC. Sentença de 17 de agosto de 1990. Série C No. 9, par. 166; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. ISRC. Sentença de 17 de agosto de 1990. Série C No. 10, par. 175.

indivíduos”.³⁴ Ainda que houvesse discrepância entre os relatórios oficiais e os da sociedade civil, gerada pela desconfiança da população nas instituições, os índices de denúncias por violência religiosa seriam suficientes para o dever de conhecimento do Estado – ora, nem os 56% reportados pelo Ministério dos Direitos Humanos, nem os 78% dos documentados pela sociedade civil denotam números triviais. A fundada suspeita de ofensas aos direitos humanos deveria ser capaz de incitar uma reação preventiva de Mekinês.

33. Essa matéria foi apreciada em *Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*, reconhecendo-se que o Estado descumpriu seus deveres internacionais ao permitir a instauração de um cenário geral de constante violência contra a população LGBTI, especialmente pessoas trans. Então, em um contexto de agressão e preconceito quanto a grupos sociais marginalizados, verificou-se a responsabilidade hondurenha não só pela reiterada omissão das autoridades estatais, mas também pelas potenciais participações desses agentes nos atos discriminatórios.³⁵

34. Assim, tratando-se de um grupo cujos direitos socioeconômicos e culturais têm sido progressivamente comprometidos pelo passado mekinense de escravidão³⁶, o Estado tem a obrigação de reconhecer proteção especial³⁷ para interromper a violência e a exclusão social, o que não aconteceu no panorama fático. Na situação observada, Mekinês consentia, por exemplo, com a ausência de reconhecimento legal das religiões não abraâmicas, com a falta de protocolos de investigação especializados e com a negligência dos policiais, que caçoavam das vítimas quando estas apresentavam queixas nas delegacias.

³⁴ CtIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318, pars. 323 e 324.

³⁵ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422, par. 100.

³⁶ Caso hipotético, pars. 4 a 6.

³⁷ CtIDH. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318, par. 337.

35. Como exemplo, a imposição de critérios restritivos à definição de religião pela CSJ claramente visa ao benefício das religiões cristãs, que possuem maioria no país.³⁸ O Estado sempre conviveu com diferentes práticas religiosas, do catolicismo à umbanda – a diferença é que, até 1950, não havia uma Constituição que declarasse a obrigatoriedade de respeito a todas elas.³⁹ Não obstante, considerando que instituições nacionais ainda utilizam crucifixos e demais simbolismos cristãos⁴⁰, o posicionamento da CSJ se mostra um distanciamento da laicidade declarada em 1889, pois representa um conceito desenhado para invalidar religiões historicamente marginalizadas no país.

36. Em suma, não se afirma aqui que não é possível delimitar alguns parâmetros ao núcleo conceitual de uma religião, mas sim que não é dever do Estado – existindo alguma medida de coesão e importância na prática – determinar a sua legitimidade.⁴¹ Nessa matéria, Nei Lopes fornece critérios bastante abrangentes para a definição da questão, que inclusive comportam as religiões afro-brasileiras: (i) culto prestado a uma ou mais divindades; (ii) crença no poder dos seres ou forças cultuados; (iii) liturgia ritual; e (iv) hierarquia sacerdotal.⁴²

37. A jurisprudência da CtIDH também já reforçou a obrigação do Estado em oferecer uma investigação séria⁴³, imparcial e eficaz⁴⁴, bem como comprometida com a determinação da verdade⁴⁵. No cenário em análise, tais direitos não são garantidos: como mencionado, Mekinês

³⁸ TEDH, *Caso İzzettin Doğan e outros Vs. Turquia*. Sentença de 26 de abril de 2016, par. 114.

³⁹ Caso hipotético, par. 6.

⁴⁰ Caso hipotético, par.7.

⁴¹ TEDH, *Caso Eweida e outros Vs. Reino Unido*. Sentença de 27 de maio de 2013, par. 81.

⁴² LOPES, Nei. *Religiões afro-brasileiras, uma questão filosófica*. Portal Geledés, 19 mai. 2014. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/religoes-afro-brasileiras-uma-questao-filosofica-por-nei-lobes/>.

⁴³ CtIDH. *Caso Cruz Sánchez e outros Vs. Peru*. EPMRC. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C No. 292, par. 348.

⁴⁴ CtIDH. *Caso do Massacre da Rochela Vs. Colômbia*. ISMRC. Sentença de 28 de janeiro de 2008. Série C No. 175, par. 194.

⁴⁵ CtIDH. *Caso Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422, par. 103.

não demonstrou qualquer esforço em analisar adequadamente as denúncias de intolerância religiosa, instaurando uma certeza de impunidade entre os agressores a partir da criação de obstáculos estruturais - especialmente contra o devido acesso à justiça.

38. A CADH também protege essa garantia de direitos, a partir do artigo 8.1. A violação a este artigo pode ser percebida, especialmente, pela subnotificação dos casos de violência contra religiões afro-brasileiras, o que resulta da desconfiança dos cidadãos nas instituições brasileiras em razão da já referida negligência de seus agentes.

39. A CtIDH já determinou que todas as exigências de devido processo legal, incluindo os critérios de imparcialidade, aplicam-se também aos órgãos não-judiciais encarregados da investigação prévia⁴⁶, pois esta é determinante ao avanço do processo.⁴⁷ Dessa maneira, quando houver crimes graves envolvendo agentes policiais, como a investigação dos crimes religiosos no contexto analisado, a investigação deve ser realizada por um órgão independente da polícia, isto é, alheio ao órgão de segurança dos possíveis acusados.⁴⁸

40. Para analisar a independência dos investigadores, são de extrema valia os parâmetros definidos pela jurisprudência do TEDH, adotados no caso *Favela Nova Brasília Vs. Brasil*.⁴⁹ O Tribunal já considerou, nessa linha, elementos como o fato dos investigadores serem (i) potenciais suspeitos⁵⁰ ou estarem em relação hierárquica com eles⁵¹, (ii) colegas ou prováveis colegas diretos

⁴⁶ CtIDH. *Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru*. EPMRC. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C No. 167, par. 133; CtIDH. *Caso García Ibarra e outros Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 17 de novembro de 2015. Série C No. 306, par. 135.

⁴⁷ CtIDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, par. 184; CtIDH. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México*. EPMRC. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215, par. 175; CtIDH. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63, par. 222.

⁴⁸ CtIDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C No. 333, par. 187

⁴⁹ *Ibidem*, par. 188.

⁵⁰ TEDH. *Caso Bektaş e Özalp Vs. Turquia*. Sentença de 20 de abril de 2019, par. 66.

⁵¹ TEDH. *Caso Şandru e outros Vs. Romênia*. Sentença de 8 de dezembro de 2009, par. 74.

das pessoas investigadas⁵², e (iii) outras condutas que indiquem falta de independência na condução da investigação.⁵³

41. Na sociedade mekinense, todos esses parâmetros são exaustivamente violados – ou, pelo menos, passíveis de violação, dependendo do caso concreto. Na ausência de órgão independente da força policial, os investigadores são os próprios agentes policiais que perpetraram ou consentem com a violência religiosa. Conclui-se, portanto, que as exigências de imparcialidade previstas no dispositivo não estão sendo cumpridas, de maneira que o Estado deve corrigir a situação para assegurar o devido acesso à justiça e a liberdade religiosa. Inclusive, estes critérios de imparcialidade foram violados ao longo de todo o caso - do CTI presidido pelo pastor de Marcos ao ministro da CSJ comprometido com os valores evangélicos.⁵⁴

42. Retornando ao âmbito de incidência do artigo 12.4 da CADH, vale referendar que, a partir de *Pavez Pavez Vs. Chile*, esta Corte já tem se posicionado no sentido de incluir o direito à educação religiosa.⁵⁵ Trata-se da faculdade conferida aos pais e tutores⁵⁶ de transmitir à criança uma formação compatível com suas crenças e convicções. Porém, nos casos que envolvem custódia infantil, a jurisprudência europeia⁵⁷ já demonstrou que as decisões sobre criação e educação competem exclusivamente àquele que detém a guarda. Assim, ao retirar progressivamente a custódia das mães praticantes de religiões afromekinenses, há uma constante vulnerabilização desse direito, que demanda a responsabilização de Mekinês.

⁵² TEDH. Caso *Emars Vs. Letônia*. Sentença de 18 de novembro de 2014, pars. 85 e 95.

⁵³ TEDH. Caso *Mustafa Tunc e Fecire Tunc Vs. Turquia*. Sentença de 14 de abril de 2015, par. 222.

⁵⁴ Caso hipotético, par. 19.

⁵⁵ CtIDH. Caso *Pavez Pavez Vs. Chile*. MRC. Sentença de 4 de fevereiro de 2022. Série C No. 449, par. 75.

⁵⁶ *Ibidem*, par. 113.

⁵⁷ TEDH, *Caso X. Vs. Suécia*. Sentença de 12 de dezembro de 1977, p. 194.

43. Sem mencionar que se viola, também, a liberdade das próprias crianças. De forma geral, a educação religiosa faz parte da formação humana, e não há qualquer indício de que as crianças estariam sendo forçadas a permanecer na religião contra a sua vontade - apenas que as denúncias foram motivadas por racismo religioso⁵⁸-, e que o Estado contribuiu com essa postura ao separar famílias com critérios imparciais.

4.2.1.3. Nexo de causalidade entre o contexto e o caso

44. No caso *sub judice*, o nexo de causalidade é comprovado pela inércia da República de Mekinês em promover medidas antidiscriminatórias eficazes, o que contribuiu com uma série de violações sistemáticas à liberdade religiosa pelas instituições nacionais. Isso permitiu que Julia Mendoza se tornasse mais uma das vítimas, sendo submetida a um processo judicial fundado na discriminação religiosa, já comum no país. Assim, a motivação parcial da perda da custódia de Helena denota um efeito desse problema crescente, especialmente porque outras 233 mulheres praticantes de religiões afroekinenses também foram afastadas de seus filhos sob a mesma justificativa no último ano.⁵⁹

4.2.2. Do caso das petionárias

4.2.2.1. Discriminação direta, imparcialidade e ausência de motivação das decisões (artigos 8, 12 e 24 da CADH)

45. O princípio da igualdade e não discriminação, enquanto domínio de *jus cogens*⁶⁰, deve ser analisado como base jurídica nacional e internacional. Assim, quando tratamos do respeito à

⁵⁸ Caso hipotético, par. 23.

⁵⁹ Perguntas de esclarecimento, n° 1.

⁶⁰ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24.11.2017*. Série A. No.24, par. 61

orientação sexual, quaisquer debates políticos ou falta de consenso sobre o tema não podem ser considerados critérios válidos para questionar essa liberdade fundamental. Seguindo a Opinião Consultiva 24/17 da CtIDH, circunstâncias internas como a de Mekinês, com o poder político voltado para o discurso conservador de “família tradicional” e contra a “ideologia de gênero”, “não pode ser considerado um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes seus direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que esses grupos ou pessoas sofreram”.⁶¹

46. Com isso, analisando agora o direito à educação religiosa à luz do caso, não há dúvidas: ainda que Julia e Marcos tenham se divorciado, já demonstramos que o TEDH entende que a titularidade decisória em matéria de criação e educação é daquele a quem pertence a custódia – no caso, a mãe, que conquistou a guarda integral de Helena a partir da separação. Ou seja, desde o início, Marcos não tinha qualquer legitimidade para determinar se o Candomblé seria adequado a Helena ou não.

47. Novamente, esta Corte também desrespeitaria a liberdade religiosa da própria Helena ao reconhecer que participar do ritual de iniciação seria uma forma de abuso parental, já que tratou-se de uma decisão livre e consciente dela.⁶² Ora, nos termos da própria CSJ, “não se deve menosprezar (...) a capacidade do menor de decidir a sua crença e culto, pois a cada dia que passa reconhece-se mais a capacidade das pessoas menores de idade para tomar decisões de forma livre e responsável”.⁶³ Se este é o caso, Helena – que não foi obrigada, em momento algum, a participar do rito de iniciação – não deveria ter sido privada de suas escolhas.

⁶¹ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24.11.2017*. Série A. No.24, par. 83.

⁶² Caso hipotético, par. 29.

⁶³ Caso hipotético, par. 38.

48. Diante disso, nota-se evidente discriminação direta quanto às petionárias, cujo significado pode ser extraído subsidiariamente do artigo 1.1 da CIRDI. As decisões não só são discriminatórias *per se* - pois foram explicitamente motivadas pela religião⁶⁴ e pela orientação sexual de Julia -, mas, principalmente, causam efeitos que restringem “o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de (...) direitos humanos”. Ou seja, as instâncias domésticas limitaram o pleno exercício da liberdade religiosa de Julia e de Helena, e por isso nem poderiam ter sido validadas como argumentos.⁶⁵

49. Os efeitos dessa discriminação também são sentidos nas garantias processuais. O artigo 8.1 da CADH versa sobre as proteções no âmbito do devido processo legal, sujeitando, circunstancialmente, órgãos não-judiciais a essas exigências.⁶⁶ Por sua vez, o artigo 24 da CADH estabelece o direito à igualdade, sendo dividido em dimensão formal, ou seja, simetria formal perante a lei; e dimensão material, que exige a realização de ações estatais positivas em favor de grupos historicamente discriminados.⁶⁷

50. Conforme entendimento da CtIDH, em se tratando de menores, o direito a ser ouvido do artigo 8.1 da CADH deve ser interpretado à luz do artigo 12 do CDC - convenção ratificada por Mekinês⁶⁸ - para assegurar que a intervenção da criança não seja usada contra seu interesse genuíno.⁶⁹ O dispositivo garante à criança, ainda, a oportunidade de ser ouvida tanto nos processos judiciais, quanto no âmbito administrativo. Entretanto, no caso em análise, Helena não foi devidamente ouvida e Julia, por sua vez, não teve seu caso julgado diante de um tribunal imparcial.

⁶⁴ Caso hipotético, par. 33.

⁶⁵ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-24/17 de 24.11.2017*. Série A. No. 24, par. 83.

⁶⁶ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, Parecer, par. 10.

⁶⁷ CtIDH. *Caso Guachalá Chimbo e outros Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 423, par. 167.

⁶⁸ Perguntas de esclarecimento, par. 43.

⁶⁹ CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. EPMRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, par. 196.

- não obstante o que demanda o artigo 8.1 da CADH. Além disso, notam-se outras violações aos artigos 8.1 e 24 da CADH, como a ausência de fundamentação adequada das decisões.

51. A Observação Geral No. 12, de 2009, do CDCNU estabelece que a oitiva é uma obrigação positiva do Estado, considerada proporcionalmente à idade e à maturidade da criança. Assim, avalia-se sua capacidade opinativa, garantindo que sua visão seja efetivamente relevante - e não uma mera formalidade.⁷⁰ Isto é, não basta ouvir a criança, mas sim levar seu ponto de vista em conta à medida que ela seja capaz de expressar juízo próprio.⁷¹ Ideia semelhante aparece no artigo 43, §1º, do EIA⁷² ao definir a idade de oito anos como patamar às oitivas de custódia.⁷³

52. Na situação em tela, Helena - aos oito anos de idade - solicitou voluntariamente à mãe que a iniciasse no Candomblé. Sem uma justificativa adequadamente fundamentada para desconfiar do discernimento da criança, não há como ignorar a oitiva ou alegar suposta influência da mãe. Em *Sahin Vs. Alemanha*, utilizaram-se critérios objetivos de idade e maturidade para aferir a capacidade infantil: a criança sequer tinha quatro anos completos e o interrogatório acarretava riscos, inexistindo condições para ouvi-la.⁷⁴ Situação completamente diversa é o caso de Helena, muito mais velha e madura à época da oitiva. Assim, viola-se seu direito de ser ouvida no processo, isto é, diante do CTI, na primeira e na última instância.

53. No que diz respeito aos procedimentos administrativos do CTI, verifica-se a violação ao artigo 8.1 em conexão ao artigo 12, §2º, da CDC. Mesmo que tenha sido realizada audiência nos moldes do artigo 43, §1º, do EIA,⁷⁵ o Conselho visivelmente ignorou o ponto de vista de Helena

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comentário Geral No. 12 (2009): O direito da criança de ser ouvida*, par. 44. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/671444>.

⁷¹ CtIDH. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*. EPMRC. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, par. 230.

⁷² Perguntas de esclarecimento, par. 22.

⁷³ Perguntas de esclarecimento, par. 28.

⁷⁴ TEDH, *Caso Sahin Vs. Alemanha*. Mérito e Justa Satisfação. Sentença de 8 de julho de 2003, par. 74.

⁷⁵ Perguntas de esclarecimento, par. 22.

ao denunciar as petionárias, descumprindo a obrigação de levar em conta a opinião da criança. Na comunicação, o CTI argumentou que ela estaria exposta a maus tratos - algo não confirmado em seu depoimento, pois não demonstrou qualquer desconforto durante sua iniciação no Candomblé e adorava brincar no terreiro. Helena também mencionou ter excelente relação com Tatiana, e que “amava” a casa de suas mães.⁷⁶

54. Entretanto, entendeu o juiz de primeira instância que a criança teria sido persuadida pela mãe quanto à sociedade e à liberdade religiosa. De fato, como definiu o juiz de segunda instância – que decidiu em favor de Julia – o Judiciário deve basear suas decisões em fatos concretos e não em suposições.⁷⁷ Se a decisão tivesse sido fundamentada com base nos fatos do caso, constaria nela que Helena *pediu* à mãe para participar da iniciação do Candomblé, de modo que Julia se limitou a atender a respeitar o interesse da filha – ao contrário do magistrado de primeiro grau.

55. Quanto à decisão da CSJ, embora tenha indicado que a visão de mundo da Helena deveria ser levada em conta e que ela possuía capacidade de se posicionar de maneira independente, não é possível dizer que a Corte tenha observado a sua própria recomendação, já que desconsiderou os desejos da criança.⁷⁸

56. O CTI, a primeira e a última instância da Justiça de Mekinês atuaram para a violação do direito a um tribunal imparcial e à devida fundamentação das decisões judiciais. A partir do Relatório No. 88/22 da CIDH, constata-se que a abordagem estereotipada e discriminatória dos juízes ao caso contraria diretamente as referidas garantias judiciais e a igualdade perante a lei, pois atribui valoração negativa à identidade sexual de Julia e à sua religião. Assim, a jurisprudência da CtIDH denota que a influência de estereótipos no processo decisório, comprovada mediante

⁷⁶ *Ibidem*, par. 22.

⁷⁷ Caso hipotético, par.35.

⁷⁸ Perguntas de esclarecimento, par. 22.

elementos probatórios concretos⁷⁹, implica a violação dos artigos 8.1 e 24 da CADH, indicando falta de motivação da decisão e parcialidade dos juízes.⁸⁰

57. O juiz de primeira instância entendeu que o melhor interesse da criança seria incompatível com a homossexualidade materna e a convivência de Helena com a companheira de Julia, especialmente em uma sociedade heterossexual e tradicional como a de Mekinês.⁸¹ Ainda que a legislação nacional não expressamente condene a homossexualidade de Julia, essa condição fundamentou a aplicação parcial e discriminatória da lei nas decisões que a deslegitimam como responsável pela criança. Essa categoria – aliada ao seu molde familiar – é incabível como elemento decisório em casos de custódia de menores⁸², não cabendo estereótipos ou comparações a um modelo “tradicional”⁸³. Logo, há infração do artigo 24.

58. Além disso, conforme a CtIDH tem deixado claro, fundamentar a separação de crianças de seus pais apenas na carência de recursos materiais de um dos progenitores, como feito no caso, viola o direito a não ser discriminado pela posição econômica.⁸⁴ O TEDH também enfatiza que o mero fato de a criança poder ser inserida em um ambiente mais favorável para o seu desenvolvimento e a simples referência à situação precária de um dos pais não resultam, por si só, em uma medida obrigatória de separação, dada a existência de soluções menos gravosas, como assistência financeira e social.⁸⁵

⁷⁹ CtIDH. *Caso Duque Vs. Colômbia*. EPMRC. Sentença de 26 de fevereiro de 2016. Série C No. 310, par. 165.

⁸⁰ CtIDH. *Caso Manuela e outros Vs. El Salvador*. EPMRC. Sentença de 2 de novembro de 2021. Série C No. 441, par. 151

⁸¹ Caso hipotético, par. 33.

⁸² CtIDH. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*. EPMRC. Sentença de 9 de março de 2018. Série C No. 351, par. 279.

⁸³ CtIDH. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*. MRC. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C No. 242, par. 50.

⁸⁴ CtIDH. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*. EPMRC. Sentença de 9 de março de 2018. Série C No. 351, par. 279; CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, par. 76.

⁸⁵ TEDH, *Caso Saviny Vs. Ucrânia*. Sentença de 18 de dezembro de 2008, par. 50.

59. Como já explicitado, a sexualidade e o modelo de família de Julia não são justificativas aceitas pela Corte para perda da guarda. A Defensoria Pública, inclusive, interveio no processo apontando que a identidade sexual, à luz do Código Civil de Mekinês e do EIA, não constitui causa de perda de custódia por incapacidade dos pais. Portanto, a alegação de que as condições materiais propiciadas pelo pai seriam superiores seria a única legitimamente sustentável no Sistema Interamericano; todavia, sendo a única razão expressa na sentença, também não é admissível. Por sinal, sequer há que se falar em situação de carência: Helena frequentava uma escola de prestígio em seu bairro, Julia e Tatiana, conjuntamente, recebiam três salários mínimos e todas estavam em plena saúde.

60. O Judiciário de Mekinês não passa pelo exame de imparcialidade inicialmente elaborado pelo TEDH⁸⁶ e posteriormente adotado pela CtIDH em numerosos casos.⁸⁷ Dois aspectos precisam ser observados: subjetivamente, o juízo deve abordar os fatos do caso sem nenhum preconceito; objetivamente, precisa oferecer aos réus e à comunidade garantias de sua imparcialidade - o que não foi atingido, ao ter decisões fundamentadas em estereótipos.

61. No que se refere ao CTI, houve a violação do artigo 8.1, em conexão ao artigo 12 da CDC. A questão gira em torno da imparcialidade: Marcos denunciou Julia e Tatiana ao órgão por intermédio de sua mãe, que assistia à mesma Igreja Evangélica do conselheiro principal da referida instituição. Essa relação teve, como consequência direta, o acionamento do artigo 139, par. 2º, VI, do EIA; sem o acompanhamento prévio da situação da menor alegadamente em risco e sem uma

⁸⁶ TEDH, *Caso de Pabla KY Vs. Finlândia*. Sentença de 26 de junho de 2004, par. 27; TEDH, *Caso de Morris Vs. Reino Unido*. Sentença de 26 de fevereiro de 2002, par. 58.

⁸⁷ CtIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. EPMRC. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107, par. 170; *Caso Apitz Barbera e outros ("Corte Primeira do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. EPMRC. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C No. 182, par. 56; *Caso Flor Freire Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C No. 315, par. 168.

mínima averiguação das alegações comprovadamente falsas e discriminatórias de Marcos, foi provocada a jurisdição e iniciado o processo. Conforme a Opinião Consultiva OC-17/2002 da CtIDH, os princípios e as normas do devido processo legal precisam ser observados em procedimentos judiciais ou administrativos em que se determinam os direitos das crianças⁸⁸, de modo que não restam dúvidas de que a parcialidade do CTI e da insuficiência de seu processo de averiguação dos fatos implicam violação ao artigo 8.1 da CADH, tendo as irregularidades favorecido Marcos em relação a Julia e Tatiana.

62. No caso concreto, em sede de primeira instância, é nítida a presença de estereótipos na decisão judicial. O juiz depreciou expressamente a crença religiosa e a orientação sexual de Julia, manifestamente favorecendo o pai em razão de este representar, em teoria, valores cristãos, heteronormativos e patriarcais.⁸⁹ Além disso, levou em consideração a posição econômica de Marcos em comparação à de Julia, fato que, isoladamente, não pode constituir medida obrigatória de separação, em conformidade com os precedentes citados acima. Não passa, assim, pelo exame de imparcialidade adotado pela CtIDH, visto que, à luz do parâmetro subjetivo, abordou o caso de maneira claramente preconceituosa. Por fim, a sentença falhou em observar o interesse primordial da criança ao desconsiderar, injustificadamente, as opiniões de Helena em sua audiência.

63. Em sede de última instância, a decisão da CSJ admitiu os argumentos do juiz da primeira instância e, abertamente, discriminou Julia em função de sua posição econômica perante Marcos. A sentença, portanto, também não passa pelo teste de imparcialidade supramencionado, dado que contrariou seu aspecto subjetivo ao analisar os fatos do caso de maneira preconceituosa. Tampouco

⁸⁸ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, Parecer, par. 10.

⁸⁹ Caso hipotético, par. 33.

a decisão respeita a prioridade absoluta do interesse do menor, dado que, assim como na primeira instância, não levou em consideração o ponto de vista de Helena.

64. Por fim, especificamente em casos envolvendo custódia parental, como exige a jurisprudência da CtIDH, a motivação das decisões deve mostrar que o interesse superior da criança assumiu papel primordial. Para tal, exige-se que sejam observadas as previsões legais contidas no artigo 12 da CDC e no artigo 19 da CADH, o que, como será demonstrado, não foi respeitado pelas sentenças de primeira e última instância.

4.2.3. A obrigação estatal de garantia (artigo 8.1 da CADH)

65. O artigo 1.1 da CADH prescreve a obrigação geral, a cargo dos Estados-Partes, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a todas as pessoas sob sua jurisdição, evitando quaisquer formas de discriminação. O artigo 2 da CADH diz respeito à obrigação dos Estados-Partes de adotar medidas de direito interno para adaptar as suas respectivas legislações à CADH.

66. No caso em análise, considerando os elementos discriminatórios presentes nas decisões da primeira e da última instância, é evidente a violação do artigo 1.1 em conjunto ao artigo 8.1 da CADH. De fato, não restam dúvidas de que a LGBTfobia e a intolerância religiosa dos decisores provoca a falta de parcialidade e a ausência de devida fundamentação das sentenças.

67. No que diz respeito ao artigo 2, é preciso ressaltar, antes de tudo, que as referidas medidas internas podem ser divididas em duas vertentes. De um lado, exige-se a supressão das normas e das práticas de qualquer natureza que violem as garantias da CADH e, de outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que resultem na efetiva observância das referidas

garantias.⁹⁰ Em outras palavras, a mera existência de uma norma não garante por si só que a sua aplicação é adequada. Impõe-se, também, que a sua interpretação, sendo manifestação do Estado, esteja ajustada às garantias da CADH.⁹¹

68. De acordo com o entendimento da CSJ, seria legítimo se basear somente na posição econômica de um dos pais em relação ao outro, o que não pode convencionalmente constituir, *per se*, um argumento válido, sob pena de atentar contra o aspecto material do artigo 24 - uma discriminação *de facto*.⁹² Sendo Julia parte de um grupo religioso historicamente marginalizado e afetado pelo racismo estrutural que permeia as instituições mekinenses, utilizar o critério econômico para favorecer Marcos implica em prejudicá-la indevidamente, colocando-a em posição díspar perante a lei por fatores que, caso o Estado realizasse ações positivas para reduzir a desigualdade social, não se fariam presentes.

69. Essa prática discriminatória reiterada do Judiciário de Mekinês contraria, portanto, o artigo 2 da CADH, porque discrimina e obstaculiza o livre e pleno exercício dos direitos e das liberdades de um grupo específico de jurisdicionados e, ao mesmo tempo, os artigos 8 e 24, pois culmina na ausência de imparcialidade dos tribunais locais.

70. Cabe ressaltar que em determinadas decisões jurídicas baseadas em discriminação, a Corte admite a inversão do ônus da prova. Justificada pela dificuldade da vítima em demonstrar a discriminação da qual foi objeto, cabe ao Estado esse ônus, pois teria “controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro de seu território”.⁹³ Outra hipótese de aplicação dessa inversão é

⁹⁰ CtIDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. MRC. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C No. 149, par. 83.

⁹¹ CtIDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. EPMRC. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209, par. 338.

⁹² CtIDH. *Vicky Hernández e outras Vs. Honduras*. MRC. Sentença de 26 de março de 2021. Série C No. 422., par. 64.

⁹³ CtIDH. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*. MRC. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C No. 251, par. 229.

que as motivações do Estado para agir de modo discriminatório precisam ser abordadas de forma exaustiva e séria, incorrendo a ele esse ônus.⁹⁴ Tratando especificamente sobre o tema de direitos humanos para grupos LGBTI, o ônus também iria para o Estado, para evitar fundamentar a decisão em um estereótipo e criando provas técnicas.⁹⁵

4.2.2.2. O interesse superior da criança e os efeitos do processo nas Vítimas (artigos 17 e 19 da CADH)

71. O artigo 17 da CADH garante o direito à família. Esse direito possui tanto uma dimensão negativa quanto positiva. Em termos de sua dimensão negativa, segundo a CtIDH, o direito à família pode ser entendido como “o direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família”,⁹⁶ de modo que não sejam feitas interferências imotivadas no núcleo familiar. Já em relação à sua dimensão positiva, o direito à família corresponde ao dever do Estado de ativamente prover os meios necessários para a consecução da relação familiar adequada. Isso implica na obrigação do Estado de “favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar”.⁹⁷ Nesse sentido, “o reconhecimento da família como elemento natural e fundamental da sociedade”, com direito à “proteção da sociedade e do Estado”, constitui um princípio fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrado pelos artigos 16.3 da Declaração Universal, VI da Declaração Americana, 23.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e 17.1 da Convenção Americana.⁹⁸

⁹⁴ CtIDH. *Caso Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*. EPMRC. Sentença de 1 de setembro de 2015. Série C No. 298, par. 257.

⁹⁵ CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. EPMRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, pars. 124 e 125.

⁹⁶ CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. MRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, par. 170.

⁹⁷ CtIDH. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*. MRC. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C No. 242, par. 116.

⁹⁸ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, par. 66.

72. Para estabelecer uma delimitação precisa do âmbito de incidência do artigo 17 da CADH, é necessário definir família para os fins do referido direito. O conceito de família evoluiu a partir de homem e mulher casados e seus filhos, sendo ampliado para uma concepção mais abrangente e menos discriminatória. Assim, em consonância com a mais recente jurisprudência da CtIDH, que segue o TEDH, a interpretação dos tratados de direitos humanos deve acompanhar a evolução dos tempos,⁹⁹ o que é consistente tanto com as regras gerais de interpretação da CADH, contidas no seu artigo 29, quanto com aquelas da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Em vista disso, diz a CtIDH que, ao interpretar a Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável à proteção dos direitos humanos, seguindo o princípio da norma mais favorável à pessoa humana.¹⁰⁰

73. Outro ponto importante a ser analisado é em relação ao momento em que uma família é constituída. Em relação aos relacionamentos românticos, é regra comum em vários países americanos que se considere o início da constituição familiar a partir da celebração do casamento. Ainda que não haja um casamento formal entre Julia e Tatiana, porém, o direito reconhece nelas a existência de um núcleo familiar que merece proteção, o que é corroborado pela longa duração do relacionamento e pela coabitação. Esse, na verdade, foi o próprio entendimento da justiça mekinense, que, na segunda instância, devolveu a custódia de Helena não apenas para Julia, mas para Julia e Tatiana.¹⁰¹ Além disso, a CtIDH já proferiu decisão no sentido de reconhecer a constituição de núcleo familiar entre duas mulheres e os quatro filhos de uma delas, em decorrência

⁹⁹ TEDH, *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*. Mérito. Sentença de 25 de abril de 1978. Série A No. 26, par. 31.

¹⁰⁰ CtIDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. MRC. Sentença de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, par. 181; CtIDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. EPMRC. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107, par. 184; CtIDH. *Caso Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. MRC. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134, par. 106.

¹⁰¹ Caso hipotético, par. 35.

da existência de convivência, contato frequente e proximidade pessoal e afetiva entre eles, ao julgar o caso *Atala Riffo e crianças Vs. Chile*.¹⁰²

74. Portanto, deve-se compreender que Julia, Tatiana e Helena constituem uma família cuja proteção é garantida pelo artigo 17 da CADH.

75. Por sua vez, o artigo 19 da CADH estabelece que cabe à família, à sociedade e ao Estado garantir as medidas de proteção a que, por sua condição de menor, toda criança tem direito. Embora careçam, em grande parte, da capacidade jurídica, as crianças são titulares de direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana.¹⁰³

76. As crianças exercem seus direitos de maneira progressiva na medida em que aumentam seu nível de autonomia pessoal,¹⁰⁴ o que justifica o papel da família como condutora da criança na persecução de seus direitos. Nesse contexto, o sistema legal de Mekinês segue a CDC,¹⁰⁵ que, em seu artigo 27, dispõe sobre o direito de toda criança ao desenvolvimento físico, moral, mental, social e espiritual, cabendo primariamente aos tutores assegurar a conjuntura necessária para tanto (artigo 27.2).

77. Julia a todo momento garantiu o acesso de Helena à saúde, educação, nutrição e moradia,¹⁰⁶ dentro de suas capacidades financeiras. Contudo, além dos direitos básicos, à criança era oferecido um ambiente acolhedor, em que suas preferências e crenças eram respeitadas e encorajadas. Diante do pedido de Helena, Julia permite a iniciação religiosa, fato que representa a disposição da mãe em guiar a filha na direção do exercício pleno de seus direitos, inclusive à liberdade religiosa

¹⁰² CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. MRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, par. 177.

¹⁰³ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, par. 41.

¹⁰⁴ CtIDH. *Caso Gelman Vs. Uruguai*. MR. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No. 221, par. 129.

¹⁰⁵ Perguntas de esclarecimento, par. 43.

¹⁰⁶ Perguntas de esclarecimento, par. 37.

(artigo 12, CADH). No mais, a educação de Helena dentro dos ensinamentos do Candomblé sempre foi de pleno acordo entre os pais.¹⁰⁷

78. Ainda, cabe questionar se o direito à liberdade religiosa de Helena seria desafiado igualmente se ela se iniciasse em uma religião cristã. Quando o caso de Helena chegou à CSJ, o próprio juiz assinalou que as crianças têm direito à liberdade religiosa, sendo fundamental valorizar a capacidade destas de optar por uma crença.¹⁰⁸ Porém, há uma contradição grave quando o juiz pressupõe que, por se tratar de uma religião de matriz africana, Helena estava sendo obrigada a se iniciar pela mãe.¹⁰⁹ Tal posição não destoa da tendência nacional de retirada da custódia dos filhos de mães que praticam religiões de matriz africana, refletindo um claro racismo religioso. Dessa forma, enquanto crianças cristãs praticam livremente sua fé ainda na menoridade - disparidade reconhecida na segunda instância judicial mekinense¹¹⁰ - Helena não só tem sua liberdade restringida, como é separada de sua mãe.

79. O Estado tem o dever de interferir nas relações familiares em que crianças tenham seus direitos ameaçados, visando tutelar as garantias do artigo 19 da CADH. Em suma, a Corte entende que, em toda situação que envolva crianças, é preciso aplicar e respeitar o princípio do *interesse superior da criança*, dentre outras diretrizes.¹¹¹ Toda decisão estatal que restrinja o exercício de qualquer direito de uma criança deve ser fundamentada rigorosamente no referido princípio, o qual se baseia na dignidade humana, nas características próprias de cada criança e na necessidade de fornecê-las condições de desenvolvimento e aproveitamento de suas potencialidades.¹¹²

¹⁰⁷ Caso hipotético, par. 28.

¹⁰⁸ Caso hipotético, par. 38.

¹⁰⁹ Caso hipotético, par. 38.

¹¹⁰ Caso hipotético, par. 34.

¹¹¹ CtIDH. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*. EPMRC. Sentença de 9 de março de 2018. Série C No. 351, par. 152.

¹¹² *Ibidem*, par. 152.

80. Por seu turno, a determinação do melhor interesse da criança, nos casos de cuidados e custódia de menores, deve ser feita por meio da avaliação dos comportamentos parentais específicos e de seus impactos negativos no bem-estar e no desenvolvimento da criança.¹¹³ É essencial analisar os danos ou riscos reais ao bem-estar da criança, devidamente comprovados, e não imaginários ou especulativos. Meras presunções ou considerações baseadas em estereótipos e generalizações são inadmissíveis.¹¹⁴ A apuração do melhor interesse da criança varia conforme o caso concreto, no qual é imprescindível observar as igualdades, diferenças e particularidades das pessoas envolvidas, evitando-se a utilização de estigmas e preconceitos sociais como causas impeditivas de cuidado.¹¹⁵

81. As medidas adequadas para salvaguardar os interesses da criança, como a separação da família, devem ser devidamente fundamentadas. Esse foi o entendimento consolidado pela CIDH no já citado caso *Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, em que a Corte condenou o Estado chileno por violação aos artigos 11.2 e 17.1, em relação aos artigos 1.1 e 19 da CADH, tendo em vista a separação injustificada de uma família formada por uma mãe, sua companheira e as crianças,¹¹⁶ pois foi baseada na orientação sexual da mãe.

82. A questão é bastante semelhante no presente caso. O principal argumento utilizado pela CSJ é o melhor interesse da criança, visto que haveria uma ordem constitucional para garantir o interesse superior dos menores de idade, sendo as condições de vida oferecidas pela família de Marcos presumidamente ideais.¹¹⁷ No caso em tela, desde a comunicação de Marcos ao CTI, uma

¹¹³ CtIDH. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*. MRC. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C No. 242, par. 50.

¹¹⁴ *Ibidem*, par. 50.

¹¹⁵ CRUZ, Elisa Costa. *A vulnerabilidade de crianças na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de casos e de formas de incorporação no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, RT 999, Janeiro de 2019, p. 130.

¹¹⁶ CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. MRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, pars. 169 e 178.

¹¹⁷ Caso hipotético, par. 37.

série de argumentos foi apresentada pelos agentes públicos para assegurar um pretense melhor interesse de Helena e afastá-la de sua mãe. Essas alegações são completamente incabíveis perante a jurisprudência da Corte e não merecem acolhimento.

83. Diversas das manifestações estatais se apoiaram no princípio do melhor interesse da criança para fundamentar a separação de Julia e Helena, mas, na realidade, a motivação das decisões estatais não passou de afirmações genéricas e não comprovadas. O CTI declarou que a homoparentalidade e a prática do Candomblé interferem no marco parental e psicológico da criança e considerou que a orientação sexual afeta o discernimento e a capacidade parental.¹¹⁸ Na esfera cível, o juiz de primeiro grau optou pela transferência da guarda de Helena, dada a sua inscrição em uma escola católica – com avaliação superior à da escola onde estudava – pela família de Marcos,¹¹⁹ ponderando a presença de um quarto maior, com mais “amenidades” e uma estrutura familiar e religiosa tradicional, enquanto a convivência com Julia e Tatiana supostamente “altera a normalidade da vida familiar”.¹²⁰ Por seu turno, a CSJ perpetuou o estigma despejado sobre Julia e Tatiana ao reconhecer os argumentos elencados pelo juiz em primeira instância.¹²¹

84. Os fundamentos apresentados pelas instâncias decisórias podem ser divididos em três principais dimensões de discriminação: pela orientação sexual; religiosa; e financeira.

85. Quanto ao argumento ligado à orientação sexual, a CtIDH, aduziu que, embora o interesse superior da criança, em abstrato, seja um fim legítimo, a mera referência a ele sem comprovar,

¹¹⁸ Caso hipotético, par. 31.

¹¹⁹ Caso hipotético, par. 33.

¹²⁰ Caso hipotético, par. 33.

¹²¹ Caso hipotético, par. 20.

concretamente, os riscos e danos que a orientação sexual da mãe poderia causar à filha não é uma justificativa idônea para restringir o direito da mãe e de sua parceira à não discriminação.¹²²

86. No que tange à dimensão religiosa, não há qualquer comprovação de que a prática do Candomblé gere efeitos negativos para Helena, de modo que retirar a guarda da criança de sua mãe em função da religião demonstra um uso deturpado do princípio do interesse superior da criança, respaldado por um ideal de primazia da religião cristã em detrimento das demais e por estereótipos preconceituosos. Ademais, a limitação imposta ao direito de Helena de escolher sua própria religião, conforme o artigo 12 da CADH, fere o seu melhor interesse.

87. Finalmente, quanto ao aspecto financeiro, para que a posição econômica da família seja utilizada como justificativa para a separação da criança de sua família, é preciso invocar uma outra razão, de maior peso, que por si só justificaria essa medida,¹²³ pois, segundo a Corte, “a carência de recursos materiais não pode ser o único fundamento para uma decisão judicial [...] que implique na separação da criança de sua família e na conseqüente privação de outros direitos”.¹²⁴ A Corte reconhece que a falta de recursos pode impactar a vida da criança, sobretudo quando compromete a satisfação de necessidades básicas, como alimentação e saúde.¹²⁵ Todavia, Helena possui pleno acesso aos recursos básicos, inclusive à educação em uma escola prestigiada no bairro em que vive.¹²⁶ Ademais, existem alternativas para garantir o acesso de Helena a maiores recursos financeiros que não envolvem a separação entre mãe e filha, tampouco a ruptura de sua rotina e costumes nos últimos anos, como acréscimos na pensão.

¹²² CtIDH. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. MRC. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C No. 239, par. 110.

¹²³ CtIDH. *Caso Ramírez Escobar e outros Vs. Guatemala*. EPMRC. Sentença de 9 de março de 2018. Série C No. 351, par. 288.

¹²⁴ CtIDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002 de 28.08.2002*. Série A No. 17, par. 76.

¹²⁵ *Ibidem*, par. 76.

¹²⁶ Perguntas de esclarecimento, par. 37.

88. Portanto, os motivos elencados para respaldar a separação entre mãe e filha são incabíveis conforme a jurisprudência da Corte. Fica evidente, então, que o critério do interesse superior da criança, nos termos como aplicado pela CSJ do Estado Mekinês, configura um tipo de discriminação indireta por efeito coletivo, nos moldes anteriormente discutidos.

4.3. Do dever de controle de convencionalidade

89. Em suma, Mekinês não atendeu o dever já bastante elaborado no Sistema Interamericano de considerar as normas da CADH e a jurisprudência da Corte na aplicação das leis internas, especialmente no que tange princípios comuns ao sistema jurídico nacional e internacional.¹²⁷ Ou seja, houve violação do artigo 24 em sua dimensão material aliado aos artigos 17 e 19, pois o Estado falha na promoção de medidas positivas para garantir a igualdade perante a lei pela ausência de devido controle de convencionalidade por parte dos tribunais do país na aplicação do melhor interesse da criança.

90. Como explicitado anteriormente, a Corte não admite o uso de categorias como orientação sexual, religião e práticas culturais, pressuposições sobre formatos de família que fugiriam à tradição heterossexual e uso exclusivo da condição econômica desfavorável para perda de guarda e satisfação do melhor interesse da criança. Entretanto, exatamente essa interpretação foi dada ao princípio no caso, logo, não houve compatibilização entre as normas internacionais e a aplicação da legislação pelas autoridades internas no âmbito de suas respectivas competências e regulamentações processuais correspondentes.

¹²⁷ CtIDH. *Caso Fernández Prieto e Tumbeiro vs. Argentina*. MR. Sentença de 1º de setembro de 2020. Série C No. 411, par. 122; CtIDH. *Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*. EPMRC. Sentença de 7 de setembro de 2021. Série C No. 435, par. 204.

91. É apropriado reiterar que, caso esse controle de convencionalidade não passe a ser uma realidade, o princípio do melhor interesse da criança sempre funcionará como instrumento de discriminação direta e indireta. Direta, pois considerar sexualidade e religião como fatores para proteção do interesse da criança é expressamente impor desigualdade entre grupos de indivíduos e indireta, pois ainda que pareça um critério aparentemente neutro, considerar a capacidade econômica como fator para separação da criança de seus pais, como ocorreu no caso, prejudicaria substancialmente mais genitores negros, pois, como elaborado anteriormente, a população negra é proporcionalmente mais pobre que a população branca em razão do passado colonial e escravocrata de Mekinês e as desigualdades dele advindas.

5. PETITÓRIO

92. Ante o exposto e com base no artigo 63 da Convenção, requerem os representantes das vítimas que sejam tomadas medidas de satisfação, como (i) a realização de ato de reconhecimento de responsabilidade internacional que deverá contar com a presença de importantes autoridades estatais e organizar-se-á de acordo com os anseios das vítimas¹²⁸; (ii) a publicação da sentença na íntegra em *site* do Estado, além de um resumo dessa em jornais de ampla circulação nacional; e (iii) a criação de um órgão independente e distinto da polícia para investigar as denúncias de violência religiosa.

93. Ademais, requerem medidas de não-repetição como (i) o devido controle de convencionalidade sobre legislação interna, especialmente no que tange aos requisitos a que genitores precisam se adequar para atender o melhor interesse da criança; e (ii) a capacitação de

¹²⁸ CtIDH. *Caso Olivares Muñoz e outros Vs. Venezuela*. MRC. Sentença de 10 de novembro de 2020. Série C No. 415, pars. 163 e 164.

funcionários públicos mediante programas permanentes de educação sobre manifestações religiosas e a comunidade LGBTI, de forma a eliminar vieses discriminatórios.

94. Solicitam, como medida de reabilitação, que o Estado forneça assistência psicológica e/ou psiquiátrica gratuita à Helena, se esta requerer.

95. Requisitam, como medida de restituição, que o Estado deixe sem efeito a sentença da CSJ que deu a guarda de Helena a Marcos.

96. Por fim, como medida de compensação, exigem indenização pecuniária por dano imaterial pelo Estado às vítimas em valor a ser arbitrado por esta Corte.