

JULIA MENDOZA E OUTROS VS. ESTADO DE MEKINÊS

MEMORIAL DO ESTADO

ÍNDICE

ABREVIATURAS 4

BIBLIOGRAFIA 4

1. SÍNTESE DOS FATOS 13
2. COMPETÊNCIA DA CORTE 15
3. EXCEÇÃO PRELIMINAR 16
4. DO MÉRITO 19

**4.1. Da não violação dos Arts. 12 e 24 c/c 1.1 e 2 da CADH e dos arts. 2, 3 e 4 da
CIRDI em face de Julia Mendoza e Tatiana Reis 20**

- (I) O caso não configurou racismo ou discriminação racial 21
- (II) O caso em tela não configura racismo religioso e tampouco intolerância religiosa 24
- (III) o Estado tem adotado medidas para combater o cenário de discriminação religiosa 29

**4.2. Da não violação dos artigos 17, 19 e 24 c/ 1.1 e 2 da CADH em face de Julia
Mendoza e Tatiana Reis 30**

- (I) A alteração de guarda foi realizada segundo as hipóteses estabelecidas na legislação mekinense 31
- (II) A alteração de guarda não configura atuação discriminatória 33
- (III) Não houve qualquer impedimento à convivência periódica de Helena com Julia e Tatiana 37
- (IV) o Estado de Mekinês cumpriu com as obrigações de adotar disposições de direito interno no que concerne ao conteúdo dos artigos 17, 19 e 24 da CADH 39

4.3. Da não violação do artigo 8 c/c 1.1 e 2 da CADH 40

(I) Todos os envolvidos tiveram acesso à prestação judicial célere, independente e imparcial.

41

(II) Eventuais fundamentos discriminatórios não poderiam motivar a responsabilização internacional do Estado, pois já estão sendo reparados. 47

5. PETITÓRIO 50

ABREVIATURAS

ACNUDH	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDC	Comitê das Nações Unidas sobre o Direito das Crianças
CERD	Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
C.H.	Caso Hipotético
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CIRDI	Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNDH	Conselho Nacional dos Direitos Humanos
COE	Conselho da Europa
CtADHP	Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CtEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CtIDH ou Corte	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
DESCA	Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos

ONU	Organização das Nações Unidas
P.E.	Pergunta(s) de Esclarecimento
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
REDESCA	Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos

BIBLIOGRAFIA**DOCTRINA**

FICO, B. de S. D. *Atala e Duque: igualdade e não discriminação sob a óptica interamericana*, Humanidades em diálogo, 80, p. 51-61. 2017. (p.36)

MOSER, P.T. *La jurisprudencia de excepciones preliminares en La corte interamericana de derechos humanos*. CNDH México. México, agosto de 2016. (p.16)

UCARYILMAZ, T. *The Principle of Proportionality in Modern Ius Gentium*. Utrecht Journal of International and European Law, 36(1), p.14–32. 2021. (p.34)

JURISPRUDÊNCIA**Sistema Americano**CIDH

CIDH, *A CIDH e a REDESCA convocam os Estados a promover o respeito às religiões de matriz africana nas Américas*. Comunicado de Imprensa nº. 193/22 de 31/08/2022. (p.24)

CIDH, *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais das pessoas afrodescendentes: Parâmetros Interamericanos para a prevenção, combate e erradicação da discriminação racial estrutural*. Relatório de 16/03/2021. (p.20)

CIDH, *Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil*. Relatório de Mérito nº 5/20 de 3/03/2020. (p.17, 48 e 49)

CIDH, *Wallace de Almeida Vs. Brasil*. Relatório de mérito nº 26/09 de 20/03/2009. (p.21)

CIDH, *William Andrews Vs. EUA*. Relatório de mérito nº 57/96 de 06/12/1996. (p.21)

CtIDH

Casos Contenciosos

Acevedo Buendía e outros vs. Peru. 01/07/2009. (p.18)

Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru. Interpretação de Sentença de 24/11/2006. (p.48)

Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru. Sentença de 07/02/2006. (p.16)

Acosta Martinez vs. Argentina. 31/09/2020. (p.21 e 22)

Aguado Alfaro e outros vs. Peru. 24/11/2006. (p.16)

Almonacid Arellano e outros vs. Chile. 26/09/2006. (p.16)

Andrade Salmón vs. Bolívia. 01/12/2016. (p.42)

Angulo Losada vs. Bolívia. 18/11/2022. (p.31 e 43)

Apitz Barbera e outros vs. Venezuela. 05/08/2008. (p. 42, 44 e 46)

Argüelles e outros vs. Argentina. 20/11/2014. (p.42)

Artavia Murillo e outros ("Fecundação in vitro") Vs. Costa Rica. 28/11/2012. (p.36)

Atala Riffo e crianças vs. Chile. 24/02/2012. (p.19, 20, 21, 31, 32, 33, 34, 46)

A Última Tentação de Cristo (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile. 05/02/2001. (p.27)

Azul Rojas Marín vs. Peru. 12/03/2020. (p.24)

Barbani Duarte e outros vs. Uruguai. 13/10/2011. (p.41)

Barreto Leiva vs. Venezuela. 17/11/2009. (p.19)

Brewer Carías vs. Venezuela. 24/05/2014. (p.16 e 18)

Bulacio vs. Argentina. 18/09/2003. (p.30 e 31)

Cabrera García e Montiel Flores vs. México. 26/11/2010. (p.32)

Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador. 21/11/2007. (p.16 e 30)

Chitay Nech e outros vs. Guatemala. 25/05/2010. (p.17 e 38)

Chocrón Chocrón vs. Venezuela. 01/07/2011. (p.42 e 44)

"Cinco Pensionistas" vs. Peru. 28/02/2003. (p.17)

Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. 24/08/2010. (p.20)

Comunidades Afrodescendentes desalojadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênese) Vs. Colômbia. 20/11/2013. (p.33)

Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana. 8/09/2005. (p.33)

Digna Ochoa e familiares vs. México. 25/11/2021. (p.43)

Duque vs. Colômbia. 26/02/2016. (p. 21, 35, 46 e 48)

Espinoza Gonzáles vs. Peru. 20/11/2014. (p. 20, 21 e 36)

Família Pacheco Tineo vs. Bolívia. 25/11/2013. (p.37 e 38)

"Favela Nova Brasília" vs. Brasil. 16/02/2017. (p.17)

Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. 20/10/2016. (p.32)

Flor Freire vs. Equador. 31/08/2016. (p.35)

Fornerón e filha vs. Argentina. 27/04/2012. (p.33)

Furlan e familiares vs. Argentina. 31/08/2012. (p.16 e 42)

García Ibarra e outros vs. Equador. 17/11/2015. (p.32)

Garibaldi vs. Brasil. 23/09/2009. (p.49)

Genie Lacayo vs. Nicarágua. 29/01/1997. (p.24)

González e outras ("Campo Algodonero") vs. México. 16/11/2009. (p.33 e 49).

Gonzales Lluy e outros vs. Equador. 01/09/2015. (p.21)

Granier e outros vs. Venezuela. 22/06/2015. (p.21 e 46)

Herrera Ulloa vs. Costa Rica. 2/07/2004. (p.19)

"Instituto de Reeducação do Menor" vs. Paraguai. 2/09/2004. (p.17)

- Irmãos Gómez Paquiyaury vs. Peru.* 8/07/2004. (p.17, 31 e 33)
- I.V. vs. Bolívia.* 30/11/2016. (p.17)
- J. vs. Peru.* 27/11/2013. (p.30)
- La Cantuta vs. Peru.* 29/11/2006. (p.48)
- Liakat Ali Alibux vs. Suriname.* 30/01/2014. (p.16)
- Massacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala.* 24/11/2009. (p.37)
- Massacre de Mapiripán vs. Colômbia.* 15/09/2005. (p.31)
- Massacre de “Plan de Sánchez” vs. Guatemala.* 29/04/2004. (p.27)
- Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia.* 30/11/2012. (p.16 e 48)
- Massacres de Ituango vs. Colômbia.* 01/07/2006. (p.30)
- Massacres de Río Negro vs. Guatemala.* 04/09/2012. (p.27)
- Mémoli vs. Argentina.* 22/08/2013. (p.17)
- Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* 25/11/2003. (p.17 e 42)
- Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana.* 24/10/2012. (p.21)
- Nissen Pessolani vs. Paraguai.* 21/11/2022. (p.44, 45 e 46)
- Norín Catrimán e outros vs. Chile.* 29/05/2014. (p.20 e 21)
- Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.* 05/02/2018. (p.24)
- Quispialaya Vilcapoma vs. Peru.* 23/11/2015. (p.24)
- Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala.* 09/03/2018. (p.31, 36 e 38)
- Reverón Trujillo vs. Venezuela.* 30/06/2009. (p.44)
- Roche Azaña e outros vs. Nicarágua.* 03/07/2020. (p.41)
- Sales Pimenta vs. Brasil.* 30/06/2022. (p.43)
- Trabalhadores demitidos da Petroperú e outros vs. Peru.* 23/11/2017. (p.41)

Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) vs. Equador. 28/08/2013. (p.41)

Tribunal Constitucional vs. Peru. 31/01/2001. (p.44)

Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. 27/11/2008. (p.42)

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. 26/06/1987. (p.16, 18 e 49)

Vélez Loor vs. Panamá. 23/11/2010. (p.18)

Opiniões Consultivas

CtIDH, Condição jurídica e direitos humanos da criança. OC-17/02 de 28/08/2002. **[OC-17/02]**. (p.21, 32, 33, 36 e 37)

CtIDH, Condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. OC-18/03 de 17/09/2003. **[OC-18/03]**. (p.20)

CtIDH, Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização. OC-4/84 de 19/01/1984. **[OC-4/84]**. (p.19 e 36)

CtIDH, Responsabilidade Internacional por expedição e aplicação de leis violatórias a Convenção. OC-14/94 de 09/12/1994. **[OC-14/94]** (p. 24)

Tratados

OEA, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* 1969.

OEA, *Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.* 2013.

OEA, *Protocolo de San Salvador.* 1988. (p.33)

Outros

CtIDH, *Regulamento da CtIDH*. (p.16, 18 e 30)

Sistema Europeu

CtEDH

Basu vs. Alemanha. 18/10/2022. (p.22)

Hauschildt vs. Dinamarca. 24/05/1989. (p.46)

Karner vs. Áustria. 24/07/2003. (p.34)

Kyprianou vs. Chipre. 27/01/2004. (p.46)

Palau-Martínez vs. França. 16/12/2003. (p.34)

Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal. 21/12/1999. (p.34)

Tratados

COE. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, 1950. (p.34)

Sistema ONU

Tratados

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. (p.15 e 17)

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965.
(p.13, 19 e 20)

Convenção sobre o Direito das Crianças, 1989. (p.33 e 36)

Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, 1966. (p.34)

Comentários gerais

ACNUDH. *Comentário Geral N° 29*, 2001. (p.34)

CDC. *Comentário Geral N° 12 sobre o direito da criança ser ouvida*, 2009. (p.36)

CDC. *Comentário Geral N° 14 sobre o direito das crianças a que seu melhor interesse seja considerado primordial*, (art. 3, par.1), 2013. (p.34 e 36)

Outros

ACNUDH. *Princípios básicos relativos à independência do judiciário*, 1985. (p.44)

ACNUDH. *Princípios de Siracusa sobre as provisões de limitação e derrogação no PIDCP*, 1984. (p.34)

AGNU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. (p. 33 e 34).

CDI. *Draft Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001. (p.24)

Comitê de Direitos Humanos. *Comunicação n° 1493/2006*. Opinião de 17/08/2009. (p.22)

Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial. *P.S.N vs. Dinamarca*. Decisão de 08/07/2007. (p.25)

ONU. *Declaração e Plano de Ação de Durban*, 2001. (p.21)

1. SÍNTESE DOS FATOS

1.1. Panorama da República de Mekinês

A República de Mekinês é um país sul-americano com uma população de 220 milhões de habitantes, que representam diferentes etnias, incluídos os povos originários mekineses, indígenas, brancos, asiáticos e afrodescendentes. A independência de Mekinês foi declarada em 1822 e, desde então, o país está organizado em uma República Federal economicamente próspera, com grande quantidade de indústrias e recursos naturais¹.

Mekinês possui um passado de colonização e escravidão, sendo o país com a maior população negra da região (55% da população se autodefine como afrodescendente²). A escravidão foi abolida em 1900, mas desde a promulgação da Constituição vigente, adotada em 1950, estão reconhecidos os direitos humanos de todas as pessoas. Ainda que Mekinês seja conhecido por ser o maior país cristão do mundo, com 81% da população se declarando cristã e somente 2% praticantes de cultos de matriz africana, é um Estado laico.

O Estado faz parte da OEA e, em 1984, ratificou a CADH, aceitando a competência contenciosa da CtIDH. Em 2019, ratificou a CIRDI e, no plano global, integra a CERD desde 1970³.

1.2. O caso da Criança Helena Mendoza Herrera e sua família

A criança Helena Mendoza Herrera é filha de Julia Mendoza e Marcos Herrera. Após 5 anos de casamento, os dois se separaram e a criança ficou sob a guarda da mãe, que posteriormente iniciou uma relação com Tatiana Reis, tendo seu pai direito a visitas periódicas. A mãe é praticante de Candomblé e sempre contou com suporte do pai para educar a filha nos seus preceitos

¹C.H., §2º.

²C.H., §4º.

³C.H., §3º.

religiosos. Helena, com 8 anos de idade, decidiu passar pelo Recolhimento, ritual iniciático do Candomblé que consiste na prática de escarificações, com o intuito de proteção, e na permanência no Terreiro por, no mínimo, 21 dias⁴.

Sem ter sido consultado sobre o Recolhimento, Marcos apresentou uma denúncia ao Conselho Tutelar contra Julia e Tatiana, por maus-tratos a Helena. Baseado na comunicação, o Conselho Tutelar agiu imediatamente para afastar a criança da situação narrada. Apresentou uma comunicação de privação de liberdade e de lesões corporais à Vara Criminal e enviou uma comunicação à Vara de Família solicitando o afastamento urgente de Helena de sua mãe e madrasta e pedindo a cessão da custódia ao pai⁵.

O Ministério Público não constatou elementos suficientes para apresentar a denúncia criminal. Na esfera cível, o juiz de primeiro grau decidiu pela alteração da custódia, tendo em vista o melhor interesse da criança⁶. Julia recorreu da decisão e conseguiu a sua reversão no segundo grau de jurisdição, tendo sido decidida a devolução da custódia de Helena para Julia e Tatiana⁷. Inconformado com a decisão, Marcos apelou para a Corte Suprema de Justiça, última instância do Poder Judiciário mekinense, alegando o descumprimento da lei federal que privilegia o interesse superior da criança. Em 05/05/2022, a Corte Suprema decidiu manter a custódia em favor de Marcos, reconhecendo a fundamentação apresentada pelo juiz de primeiro grau⁸.

⁴C.H., §29; P.E. 8.

⁵C.H., §31.

⁶C.H., §33.

⁷C.H., §§34-35.

⁸C.H., §37.

1.3. Trâmite perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Em 11/09/2022, Julia e Tatiana apresentaram petição perante a CIDH, alegando a suposta violação dos direitos elencados nos artigos 12, 17, 19 e 24, à luz dos artigos 1.1 e 2 da CADH. Ademais, alegaram que o Estado seria responsável pela violação dos artigos 2, 3 e 4 da CIRDI⁹.

O Estado recebeu a petição, em 18/09/2022, tendo renunciado à apresentação de exceções preliminares. A CIDH admitiu a petição e emitiu relatório, concluindo que o Estado seria responsável pela violação dos direitos alegados pelos peticionários¹⁰, acrescentando a violação ao artigo 8.1¹¹. O caso foi submetido à jurisdição contenciosa da CtIDH em 15/12/2022¹².

2. COMPETÊNCIA DA CORTE

A CtIDH possui competência *ratione materiae* e *ratione temporis* para analisar o presente caso, em conformidade com o artigo 62.3 da CADH, visto que o Estado de Mekinês ratificou a referida Convenção em 1984, ano em que também aceitou a competência contenciosa da CtIDH, e os fatos que ensejaram a denúncia da CIDH ocorreram a partir de 2020. No que tange à CIRDI, apesar de ter sido ratificada em 2019, nunca teve sua competência contenciosa aceita pelo Estado em protocolo adicional, conforme previsto em seu Art. 15, III. Assim, o consentimento do Estado quanto à análise de supostas violações às disposições da CIRDI, pela CtIDH, denota sua boa-fé¹³ e seu compromisso com a discussão sobre os Direitos Humanos, sobretudo com a erradicação total e incondicional do racismo, da discriminação racial e de todas as formas de intolerância.

⁹C.H., §39.

¹⁰C.H., §41.

¹¹C.H., §42.

¹²C.H., §43.

¹³CVDT, Art. 26.

3. EXCEÇÃO PRELIMINAR

Em sede de exceção preliminar, apresenta-se perante esta CtIDH o não esgotamento dos recursos internos no que tange à possibilidade, ainda em aberto, de órgãos nacionais analisarem a alegada parcialidade dos juízes e os fundamentos supostamente discriminatórios das decisões judiciais proferidas durante o processo de guarda de Helena.

Ainda que o exame sobre a guarda de Helena tenha alcançado todas as esferas jurisdicionais internas cabíveis¹⁴, a suposta discriminação judicial não o foi tendo em vista a existência, em Mekinês, de mecanismos fiscalizatórios capazes de reparar eventuais violações, como aquele iniciado perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁵. Dessa forma, o fato de as vítimas terem recorrido a este mecanismo somente após a submissão do caso à Corte denota a descaracterização da subsidiariedade¹⁶ que é própria do sistema internacional.

Mesmo que se reconheça a jurisprudência da CtIDH sobre o princípio do estoppel¹⁷, que fundamenta o não reconhecimento¹⁸ de exceções preliminares extemporâneas¹⁹, não há que se falar, *in casu*, em preclusão processual. Afinal, embora o artigo 42 do Regulamento da CtIDH preveja a Comissão como primeiro órgão competente para analisar a admissibilidade dos casos contenciosos, é também papel da CtIDH fazê-lo, inclusive, de forma autônoma em relação às conclusões da primeira²⁰.

¹⁴P.E. 34.

¹⁵P.E. 39.

¹⁶CtIDH, *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, §142; CtIDH, *Acevedo Jaramillo vs. Peru*, §66.

¹⁷CtIDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, §65; CtIDH, *Furlan vs. Argentina*, §29; CtIDH, *Brewer Carías vs. Venezuela*, §77.

¹⁸MOSER, capítulo IV.1.

¹⁹CtIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, §88; CtIDH, *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, §14.

²⁰CADH, art. 62(3); CtIDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, §29; CtIDH, *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*, §15; CtIDH, *Aguado Alfaro Vs. Peru*, §66.

Ressalte-se que não se pretende desconsiderar a renúncia à apresentação de exceções preliminares declarada pelo Estado no início do procedimento interamericano²¹, mas sim considerar a ocorrência de um fato posterior à apresentação do Relatório nº 88/22, qual seja: a atuação do CNJ. O procedimento perante o CNJ foi deflagrado pelas vítimas somente após a submissão do caso à Corte²², sendo prejudicial à análise do mérito.

A CtIDH reconheceu a possibilidade de interposição de exceções preliminares após a etapa de admissibilidade na CIDH no caso *Mémoli v. Argentina*²³, no qual a análise de admissibilidade restou prejudicada por conta da mudança legislativa superveniente, de forma que seria impossível para o Estado apresentar a exceção no momento oportuno.²⁴ No presente caso, este é precisamente o primeiro momento processual oportuno de apresentação da exceção preliminar, após a ocorrência de fato novo diretamente relacionado ao processo legal interno: a atuação do CNJ. Ela está intrinsecamente conectada às alegações da CIDH no Relatório nº 88/22, que inovou ao acrescentar a violação ao artigo 8.1 da CADH àquelas previamente definidas pelos peticionários, privando o Estado de questionar sua admissibilidade antes do envio do caso à CtIDH.

Conclusão semelhante pode ser extraída de uma análise sistemática²⁵ da CADH, que permite, em seu artigo 48(1)(c), o exame da admissibilidade dos casos contenciosos levando em conta fatos²⁶ e provas²⁷ posteriores aos inicialmente descritos pelos peticionários, e da jurisprudência da CtIDH²⁸.

²¹C.H., §40.

²²P.E., 39.

²³CtIDH, *Mémoli vs. Argentina*, §§49-51.

²⁴*Ibid.* Tradução própria.

²⁵CVDT, art. 31.

²⁶CtIDH, “Cinco Pensionistas” vs. Peru, §§153-154; CtIDH, “Instituto de Reeducação do Menor” vs. Paraguai, §124; CtIDH, *Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, §178. No mesmo sentido: CIDH, *Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira Vs. Brasil*, voto dissidente do comissário Stuardo Ralón.

²⁷CtIDH, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, §128.

²⁸CtIDH, *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, §95; CtIDH, *Chitay Nech vs. Guatemala*, §53; CtIDH, *I.V. Vs. Bolívia*, §45.

Tanto o artigo 46(1)(a) da CADH quanto o 31 do Regulamento da CIDH apresentam a necessidade do esgotamento dos recursos internos como requisito essencial de admissibilidade das demandas analisadas pela Corte, o qual somente pode ser relativizado quando tais recursos forem inexistentes, ineficientes ou inadequados²⁹. Nota-se que os peticionários não apresentaram questionamento à eficiência e capacidade³⁰ do procedimento perante o CNJ em reparar eventuais violações, de forma que deve ser oportunizado ao Estado que tal mecanismo seja completamente exaurido, antes que seja pleiteada uma condenação internacional.³¹

A pendência de um procedimento investigatório capaz de questionar a imparcialidade dos juízes e punir quem produzir decisões discriminatórias configura mecanismo doméstico adequado para remediar as violações alegadas pelas vítimas³², tornando evidente o não esgotamento dos recursos internos. Portanto, Mekinês solicita que seja acolhida a presente exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos internos quanto à alegada imparcialidade judicial.

²⁹CADH, art. 46(2).

³⁰CtIDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, §§63-64.

³¹CtIDH. Vélez Lóor Vs. Panamá, §19; CtIDH. Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, §61.

³²CtIDH, Brewer Carías Vs. Venezuela, §§77-82; CtIDH, Acevedo Buendía Vs. Peru, §20.

4. DO MÉRITO

Introdutoriamente, o Estado de Mekinês reconhece seu histórico de escravidão e discriminação, que não difere dos outros países latino-americanos. Tal reconhecimento encontra-se atrelado ao compromisso de Mekinês com o desenvolvimento dos direitos humanos, a partir não somente da ratificação da CADH, CERD e CIRDI, como também da disponibilidade para a sua implementação no nível nacional e internacional.

Ainda que atravessado por um contexto de violências estruturais, que têm demandado atuação estatal proativa e diligente, o presente caso versa, essencialmente, sobre um litígio particular e pontual, cujos assuntos são de natureza interna: a guarda de uma criança e a definição de seu melhor interesse.

Conforme relevante precedente da CtIDH³³, o caso *Atala Riffo v. Chile*, não cabe a esta Corte decidir sobre a custódia de uma criança, pois a matéria compreende critérios domésticos, sob pena de assumir o papel de tribunal de apelação internacional, atuando como uma quarta instância³⁴. Ademais, diferentemente do referido precedente, o Estado de Mekinês não violou qualquer direito humano das supostas vítimas, tendo atuado dentro dos limites de sua margem de apreciação³⁵ e em plena conformidade com a normativa e a jurisprudência interamericana, como restará demonstrado ao longo desse escrito.

³³CtIDH, *Atala Riffo vs. Chile*, §§29, 65 e 66.

³⁴*Infra*, 4.2.I.

³⁵CtIDH, OC-4/84, §§58-62; CtIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, §161; CtIDH, *Barreto Leiva vs. Venezuela*, §90.

4.1. Da não violação dos Arts. 12 e 24 c/c 1.1 e 2 da CADH e dos arts. 2, 3 e 4 da CIRDI em face de Julia Mendoza e Tatiana Reis

Implementada no SIDH em 11/11/2017, a CIRDI ampliou os princípios da igualdade jurídica e da não discriminação³⁶ protegidos pela CERD, vinculando a ação dos Estados quanto à temática racial e potencializando a judicialização da matéria. No entanto, a referida convenção ainda não foi aplicada em jurisprudência desta Corte, o que revela a importância do presente caso. Trata-se de uma oportunidade para que esta Corte delimite os contornos de sua competência e os artigos passíveis de judicialização, visando conferir efetividade ao princípio da igualdade e não discriminação³⁷.

Destaca-se que, embora o Relatório nº 88/22 da CIDH tenha considerado que o Estado violou o artigo 2, 3 e 4 da CIRDI³⁸ em relação a Julia Mendoza e Tatiana Reis³⁹, Tatiana⁴⁰ não se autodeclara pessoa afrodescendente⁴¹. Assim, em relação a ela, a pleiteada responsabilização por violação aos artigos da CIRDI não deve prosperar, especialmente porque tratam de racismo e formas de intolerância direcionados a indivíduos em razão de sua raça, cor, ascendência, ou origem étnico-nacional⁴².

Feitas essas considerações, o Estado demonstrará que os artigos 12 e 24 c/c os artigos 1.1 e 2 da CADH, e os artigos 2, 3 e 4 da CIRDI⁴³, não foram violados, visto que, no decorrer do

³⁶CIDH, DESCA das pessoas afrodescendentes, §56.

³⁷CtIDH, OC-18/03, §101; CtIDH, Espinoza Gonzáles vs. Peru, §216; CtIDH, Norín Catrimán e outros vs. Chile, §197; CtIDH, Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, §269; e CtIDH, Atala Riffo e Crianças vs. Chile, §79.

³⁸C.H., §41.

³⁹P.E. 35.

⁴⁰P.E. 25.

⁴¹CIDH, DESCA das pessoas afrodescendentes, §16.

⁴²CIRDI, Preâmbulo.

⁴³C.H., §§39 e 41.

processo de alteração de guarda, (I) não houve racismo ou discriminação racial e (II) não há que se falar em racismo religioso ou intolerância religiosa. Ademais, (III) o Estado de Mekinês cumpriu com as obrigações de adotar disposições de direito interno no que concerne ao conteúdo dos artigos 12 e 24 da CADH, de forma que não houve violação ao artigo 2 da CADH.

(I) O caso não configurou racismo ou discriminação racial

A definição de discriminação racial⁴⁴ apresentada pela CIRDI encontra amparo na jurisprudência da CtIDH, e demanda dois elementos para sua configuração⁴⁵: a diferença de tratamento e a inexistência de motivação razoável⁴⁶. Ao analisar a motivação do tratamento diferenciado, esta Corte considera que inexistente violação aos direitos humanos quando houver perseguição de um fim legítimo⁴⁷, que deve ser rigorosamente investigado pelos tribunais internacionais⁴⁸.

A CIDH⁴⁹ e a CtIDH⁵⁰ desenvolveram sua jurisprudência sobre discriminação racial a partir da análise do perfilamento racial, que, segundo a Declaração e Programa de Ação de Durban⁵¹, compreende a prática de policiais e de outras autoridades se basearem na raça, cor, origem nacional ou étnica, de sujeitar pessoas a interrogatórios ou determinar se alguém está envolvido em atividades criminosas.

⁴⁴CIRDI, Art. 1(1).

⁴⁵CtIDH, Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana, §229.

⁴⁶CtIDH, Duque vs. Colômbia, §106; CtIDH, OC-17/02, §46; e CtIDH, Espinoza Gonzáles vs. Perú, §219.

⁴⁷*Infra*, 4.2.II.

⁴⁸CtIDH, Duque vs. Colômbia, §106; CtIDH, Norín Catrimán e outros vs. Chile, §200; CtIDH, Espinoza Gonzáles Vs. Perú, §219; CtIDH, Gonzales Lluy e outros Vs. Equador, §257; CtIDH, Atala Riffo e crianças Vs. Chile, §124; CtIDH, Granier e outros vs. Venezuela, §228.

⁴⁹CIDH, Wallace de Almeida vs. Brasil, §143; CIDH, William Andrews vs. EUA, §78 e ss.

⁵⁰CtIDH, Acosta Martinez vs. Argentina, §§91-101.

⁵¹ONU, Plano de Ação de Durban, §72.

Este conceito é notadamente empregado no caso *Acosta Martínez vs. Argentina*⁵². Nele, a CtIDH definiu a arbitrariedade⁵³ da conduta policial a partir da comprovação da raça como motivo determinante para a prisão do Sr. Acosta Martínez⁵⁴, uma vez que a interpretação da norma que deu fundamento para a detenção da vítima não era delimitada de forma clara⁵⁵, produzindo uma "ampla margem de discricionariedade". Portanto, a CtIDH declarou a violação do artigo 24 da CADH⁵⁶.

Como parâmetros interpretativos desse conceito, destaca-se o caso *Williams Lecraft vs. Espanha*, em que o policial assumidamente adotou o critério de raça para demandar a verificação da identidade da vítima.⁵⁷ Similarmente, em *Basu vs. Alemanha*⁵⁸, a CtEDH entendeu que a discriminação racial ocorreu porque, dentre todos os presentes no trem, apenas as duas pessoas afrodescendentes do vagão foram escolhidas para o procedimento de verificação de identidade, o que explicita a distinção injustificada.

Porém, ao contrário dos referidos precedentes, não houve qualquer tratamento diferenciado no presente caso, o que, por si só, já afastaria a ocorrência de discriminação racial. O Conselho Tutelar de Mekinês⁵⁹, órgão autônomo que atua em prol da proteção das crianças e dos adolescentes, jamais motivou qualquer decisão baseado na raça das vítimas⁶⁰. Na verdade, o órgão agiu respaldado no melhor interesse da criança e, devido à gravidade da denúncia apresentada por Marcos Herrera e diante das informações acessíveis naquele momento, apresentou comunicações à Vara Criminal e à de Família.

⁵²CtIDH, *Acosta Martínez vs. Argentina*, §§91-101.

⁵³CtIDH, *Acosta Martínez vs. Argentina*, §§25, 40, 75, 76, 91-101.

⁵⁴CtIDH, *Acosta Martínez vs. Argentina*, §§92-93 e 100.

⁵⁵*Idem.* §83.

⁵⁶*Idem.* §§101 e 102.

⁵⁷Comitê de Direitos Humanos, Comunicação Nº 1493/2006, §§7.2 a 7.4.

⁵⁸CtEDH, *Basu vs. Alemanha*, §25.

⁵⁹P.E. 20.

⁶⁰C.H., § 31.

Portanto, não houve tratamento diferenciado por parte do órgão, que em momento algum baseou sua decisão no perfil racial. Tampouco houve distinção quanto à raça por parte dos magistrados envolvidos no processo de guarda de Helena, visto que, dentre os variados critérios por eles empregados, não há nenhuma menção à afrodescendência de Julia⁶¹, não se configurando nenhum dano, pois a guarda de Helena permaneceu com a mãe até a execução da sentença⁶².

Nota-se a priorização do melhor interesse da criança durante todas as etapas administrativas e judiciais⁶³. Portanto, mesmo que houvesse algum tipo de distinção, esta seria justificada pela proteção da criança, de sorte que resta evidenciada a inexistência de discriminação racial.

No que tange ao racismo, é notório que o presente caso se distancia da definição de racismo presente no art. 1(4) da CIRDI, não havendo, no processo de guarda de Helena, nenhuma decisão que tenha relacionado a raça da mãe com sua capacidade maternal, ou que tenha justificado a alteração de guarda por pretensa superioridade racial do pai. Em verdade, Julia sequer teve sua parentalidade questionada⁶⁴. Ademais, os peticionários não apresentaram qualquer indício de que as decisões administrativas e judiciais tenham sido motivadas por qualquer ideologia, que não alinhada ao melhor interesse da criança⁶⁵.

Nesse contexto, é preciso esclarecer que o triste histórico de escravidão e discriminação do Estado de Mequinês não é, por si só, objeto de análise do presente caso. Com efeito, o processo interamericano não permite a responsabilização internacional em abstrato do Estado, sendo preciso

⁶¹C.H., §§33, 35, 37 E 38.

⁶²P.E. 17.

⁶³*Infra*, 4.2.

⁶⁴C.H., §§33, 35, 37 e 38; e P.E. 15.

⁶⁵*Idem*.

identificar as vítimas, os fatos violadores da normativa internacional, bem como a comprovação do nexo causal entre os fatos e a atuação do Estado.

Foi nesse sentido que a CtIDH já se manifestou, na Opinião Consultiva OC-14/94⁶⁶ e no caso Azul Rojas Marín e outra vs. Peru⁶⁷, sendo pacífico na jurisprudência interamericana⁶⁸ que a análise em abstrato de supostas violações relaciona-se à competência consultiva da CtIDH, de sorte que, para que um Estado seja efetivamente condenado pela violação de alguma disposição convencional, é mister que seja apresentada uma conduta específica e o dano produzido por ela⁶⁹.

Assim, a alegação de que o artigo 24 da CADH e os artigos 2, 3 e 4 da CIRDI haviam sido violados é incompatível com o entendimento da CtIDH sobre os requisitos para configuração de discriminação racial ou racismo.

(II) O caso em tela não configura racismo religioso e tampouco intolerância religiosa

Através do Comunicado de Imprensa n°. 193/22⁷⁰, a CIDH e sua REDESCA convocaram os Estados a promoverem o respeito às práticas religiosas de matriz africana, evidenciando a crescente preocupação do SIDH com esse tema. O debate sobre o racismo religioso é fruto de um processo político, social e cultural comum a sociedades que compartilham da mesma gênese da sociedade mekinense. Trata-se de uma expressão do racismo estrutural, do colonialismo e da negação de legitimidade de qualquer traço cultural, religioso e social que tenha sua origem na África.

⁶⁶CtIDH, OC-14/94, §49.

⁶⁷CtIDH, Azul Rojas Marín Vs. Peru, §135.

⁶⁸CtIDH, Genie Lacayo Vs. Nicarágua, §§49-50; CtIDH, Quispialaya Vilcapoma vs. Peru, §236; e CtIDH, Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil., §165.

⁶⁹DARSIWA commentaries, Art. 2(4).

⁷⁰CIDH. *A CIDH e a REDESCA convocam os Estados a promover o respeito às religiões de matriz africana nas Américas.*

Apesar de reconhecer a relevância do debate, o Estado esclarece que o conceito de racismo religioso não é uma figura normativa, não estando previsto em nenhuma das convenções já mencionadas. Com efeito, após ratificada a CIRDI, a inclusão de novos direitos demandaria necessariamente a criação de protocolos adicionais⁷¹, o que não ocorreu. Também não há qualquer desenvolvimento jurisprudencial sobre tal conceito.

Ao analisar o caso P. S. N. vs. Dinamarca⁷², o Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação Racial rejeitou a proposta de reunir, em um único instrumento, a discriminação racial e a intolerância religiosa, afirmando que esta não era a intenção da Assembleia Geral da ONU. O mesmo deve ser afirmado em relação à CIRDI, na medida em que a palavra religião sequer aparece em qualquer um de seus artigos.

No mesmo sentido, *in casu*, não houve qualquer menção, por parte de autoridades de Mekinês, à origem africana dos cultos praticados pelas supostas vítimas. As razões fundamentais para determinar a alteração de guarda de Helena Mendoza Herrera estão estritamente relacionadas, como ficará evidenciado no ponto 4.2, ao melhor interesse da criança e ao fato de Marcos Herrera não ter sido consultado por Julia Mendoza sobre o processo iniciático⁷³.

A concordância de Marcos em ver sua filha criada de acordo com os preceitos religiosos do Candomblé não implica autorização para a Iniciação⁷⁴, processo que, por razões ligadas aos próprios mistérios da prática religiosa, implicou a permanência de Helena na comunidade religiosa por 21 dias⁷⁵, sem contato com o pai e sem o seu consentimento. Ademais, note-se que caso Marcos tivesse decidido unilateralmente batizar Helena em sua prática religiosa, Julia também poderia se

⁷¹CIRDI. Art. 22.

⁷²Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial. P.S.N vs. Dinamarca, §6.3.

⁷³C.H., §29.

⁷⁴C.H., §28.

⁷⁵P.E. 8.

insurgir legalmente, de forma que resta demonstrada a impossibilidade de aplicação do conceito de racismo religioso no caso em tela.

Antes mesmo da Constituição vigente⁷⁶, o Estado mekinense já era laico⁷⁷, prevendo o princípio da igualdade de trato a todas as religiões⁷⁸. Encontra-se insculpida, no art. 3º, I da Carta Magna, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo vedadas a discriminação religiosa e a dependência do Estado em relação às religiões⁷⁹. O Estado não somente não compactua com o racismo religioso, como também não pode ser responsabilizado por intolerância religiosa.

A liberdade religiosa, prevista no art. 12 da CADH, contempla o direito que cada indivíduo possui de conservar, mudar, professar e divulgar sua religião ou crença religiosa de maneira individual ou coletiva⁸⁰. Não se trata, contudo, de um direito absoluto⁸¹, podendo ser restrito quando: (1) houver previsão mediante leis precisas e claras, (2) a restrição for orientada para a realização dos objetivos da CADH e (3) a restrição for necessária em uma sociedade democrática.

No caso em tela, é possível perceber os três elementos constitutivos do teste tripartite. A previsão de prioridade do interesse superior da criança, prevista no art. 3º da lei federal 4.367, corresponde ao primeiro critério⁸²; o respeito ao direito do outro progenitor previsto no art. 12 (4) da CADH consubstancia-se no segundo critério; e, por fim, a restrição foi necessária em um ambiente democrático justamente para priorizar o melhor interesse de Helena e o direito de Marcos violado pela ausência de consulta.

⁷⁶C.H., §4º.

⁷⁷C.H., §6º.

⁷⁸P.E. 4.

⁷⁹C.H., §7º.

⁸⁰CADH. Art. 12 (1).

⁸¹CADH. Art. 12 (3).

⁸²P.E. 2.

Nesse contexto, destaca-se o primeiro precedente desta Corte a analisar supostas violações à liberdade religiosa, o caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*. Ele aborda a responsabilidade internacional do Estado chileno pela censura judicial imposta ao filme, a partir de norma constitucional que permitia a censura prévia de produções cinematográficas. A CtIDH declarou tal disposição inconveniente e afirmou que o Estado chileno violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão, consagrados no art. 13 da CADH. Contudo, ao analisar o caso à luz do art. 12, a CtIDH entendeu que não existiam provas de que o direito à liberdade de consciência e de religião havia sido violado⁸³.

Os casos *Massacre “Plan de Sánchez” vs. Guatemala* e *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*, foram outros precedentes do SIDH que analisaram violações ao art. 12. Neles, a CtIDH entendeu que o Estado guatemalteco havia violado o direito à liberdade de consciência e de religião dos povos indígenas vítimas dos massacres, haja vista a impossibilidade de cumprirem os seus preceitos fúnebres, a obrigatoriedade de se deslocarem de suas terras e o objetivo do Estado de inviabilizar suas práticas culturais e religiosas⁸⁴.

Em cenário absolutamente diferente, o Estado de Mekinês não estabelece restrição a nenhuma religião, nem impede seus cidadãos de seguirem seus rituais. Tanto é assim que todo o processo de guarda de Helena tramitou sem que houvesse qualquer interferência seja na Casa de Santo envolvida neste caso, seja na prática religiosa das supostas vítimas.

Com efeito, *in casu*, a atuação dos órgãos estatais não configurou qualquer violação à liberdade religiosa. O Conselho Tutelar é o órgão autônomo responsável pela proteção das crianças e dos adolescentes⁸⁵. Diante da grave denúncia apresentada por Marcos Herrera, afirmando que

⁸³CtIDH. *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, §§79 e 80.

⁸⁴CtIDH. *Massacre de “Plan de Sánchez” vs. Guatemala*, §47; e CtIDH, *Massacres de Río Negro vs. Guatemala*, §§153, 154, 160 e 165.

⁸⁵P.E. 20.

Helena estava sofrendo danos corporais, sendo obrigada a permanecer na comunidade religiosa contra a sua vontade⁸⁶, o Conselho Tutelar da região agiu de acordo com seu dever de proteger os direitos da criança, procedendo imediatamente à notificação do Poder Judiciário sobre os supostos maus-tratos e privação de liberdade⁸⁷. A ação do Conselho foi motivada exclusivamente pelo melhor interesse da criança e tinha por objetivo única e exclusivamente afastar Helena de qualquer risco potencial à sua integridade física e psíquica.

Nesse sentido, não houve qualquer ação do Estado visando impedir o cumprimento dos preceitos religiosos ligados ao Recolhimento de Helena, tendo sido realizado todo o processo iniciático sem qualquer espécie de turbacão ou interrupção por parte de autoridades estatais⁸⁸. No mesmo sentido, nenhuma das supostas vítimas foi impedida de praticar o seu culto religioso, e tampouco o Terreiro sofreu represálias estatais.

A decisão do Ministério Público de não apresentar a denúncia à Vara Criminal, pela insuficiência de elementos para lastrear a propositura da ação penal⁸⁹, demonstra o comprometimento do Estado em se afastar de estigmatizações relacionadas aos cultos afro-merikineses.

A partir dos argumentos aduzidos, conclui-se que no caso em tela não houve racismo religioso, posto que essa não é uma figura normativa internacionalmente reconhecida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e não houve em momento nenhum a mobilização da origem africana da prática religiosa para justificar qualquer ato do poder público. Também não há que se falar em intolerância religiosa, na medida em que os argumentos utilizados para fundamentar a reversão da guarda de Helena estão relacionados ao melhor interesse da criança e à ausência de

⁸⁶C.H., §30.

⁸⁷C.H., §31.

⁸⁸P.E. 14.

⁸⁹C.H., §32.

consulta prévia ao progenitor, de sorte que a ação do Conselho Tutelar refletiu a Doutrina de Proteção Integral da Criança⁹⁰.

(III) o Estado tem adotado medidas para combater o cenário de discriminação religiosa

O Estado Mekinês desenvolve programas de inclusão social e antirracismo, contando com políticas públicas voltadas para a efetivação da isonomia entre os cidadãos⁹¹. A reserva de vagas para afrodescendentes em universidades⁹² e concursos públicos, a disponibilização pelo Ministério da Justiça de um canal de denúncias de violência racial e as contratações públicas e privadas de cidadãos negros e em vulnerabilidade social são a demonstração do compromisso estatal com a erradicação de todas as formas de discriminação racial, em respeito aos artigos 5 e 6 da CIRDI.

Destaca-se também a atuação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), órgão colegiado de composição paritária, cuja principal função é a promoção e defesa dos direitos humanos. Dentre as suas atribuições⁹³, o CNDH está encarregado de supervisionar o seguimento das políticas públicas e do programa nacional de direitos humanos⁹⁴.

Ademais, em 2019, foi criado o Comitê Nacional para a Liberdade Religiosa, órgão vinculado ao Ministério dos Direitos Humanos e composto, em parte, por representantes da sociedade civil⁹⁵. Trata-se de uma instância consultiva na formulação de políticas públicas de enfrentamento à intolerância religiosa e resulta dos esforços empreendidos pelo Estado para

⁹⁰P.E., 20.

⁹¹C.H., §11.

⁹²P.E. 40.

⁹³P.E. 41.

⁹⁴*Idem*.

⁹⁵C.H., §15.

construir programas de enfrentamento às práticas violadoras apresentadas no Relatório sobre Intolerância e Violência Religiosa em Mekinês⁹⁶.

O Estado, através do CNJ, publicou também a Política Nacional para a Promoção da Liberdade Religiosa e o Combate à Intolerância Religiosa no Poder Judiciário, que determina o respeito à liberdade religiosa em todas as instalações judiciárias mekinenses⁹⁷.

Constata-se que o Estado tem atuado de forma proativa e diligente no combate à discriminação racial, ao racismo e à intolerância religiosa no país, consistindo numa verdadeira referência na progressão das pautas antirracistas.

4.2. Da não violação dos artigos 17, 19 e 24 c/ 1.1 e 2 da CADH em face de Julia Mendoza e Tatiana Reis

Inicialmente, destaca-se que, embora o Relatório nº 88/22 da CIDH tenha considerado a violação do artigo 19 da CADH⁹⁸, Helena não consta como vítima no presente caso⁹⁹. Considerando que cabe à CIDH definir as vítimas dos casos apresentados à CtIDH¹⁰⁰, a pleiteada responsabilização por violação aos direitos da criança não deve prosperar, especialmente porque a jurisprudência interamericana consolidou-se quanto à necessidade da existência de vítimas crianças para que uma violação ao artigo 19 seja reconhecida. Desde o caso Bulacio vs.

⁹⁶C.H., §13.

⁹⁷P.E. 12.

⁹⁸C.H., §41.

⁹⁹P.E. 35.

¹⁰⁰Regulamento da CtIDH, art. 35(1). Ver também: CtIDH, Massacres de Ituango vs. Colômbia, §98; CtIDH, Caso J. vs. Peru, §23; e CtIDH, Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, §224.

Argentina¹⁰¹, até o mais recente caso Angulo Losada vs. Bolívia¹⁰², todas as vezes em que a CtIDH realizou uma análise do artigo 19 da CADH havia uma criança apontada como vítima pela CIDH. Logo, não há que se falar em violação do referido artigo em face de Julia ou Tatiana.

Superada essa consideração, nota-se que os artigos 17 e 24, c/c o artigo 1.1 da CADH, tampouco foram violados, na medida em que a alteração de guarda por decisão judicial (I) encontra previsão legal no ordenamento jurídico de Mekinês, além de (II) não ter sido realizada de maneira discriminatória e (III) não ter implicado qualquer impedimento à convivência periódica de Helena com a mãe e a madrasta. Também, (IV) o Estado de Mekinês cumpriu com as obrigações de adotar disposições de direito interno no que concerne aos artigos 17, 19 e 24 da CADH, de forma que não deve ser responsabilizado pela violação do artigo 2 da CADH.

(I) A alteração de guarda foi realizada segundo as hipóteses estabelecidas na legislação mekinense

De acordo com a legislação mekinense, a guarda pode ser compartilhada ou ser unilateral¹⁰³. Ao tempo em que Conselho Tutelar solicitou a cessão da custódia de Helena ao Sr. Marcos Herrera, ela estava sob a guarda da mãe, a qual poderia tomar decisões relativas à sua criação. Porém, caberia à Sra. Mendoza informar o Sr. Herrera de quaisquer deliberações relevantes concernentes à vida de Helena, dentre as quais destaca-se a participação da criança no processo de Recolhimento.

¹⁰¹CtIDH, Bulacio vs. Argentina, §3. No mesmo sentido: CtIDH, Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru; CtIDH, Massacre de Mapiripán vs. Colômbia, §153.

¹⁰²CtIDH, Angulo Losada vs. Bolívia, §35. No mesmo sentido: CtIDH, Ramírez Escobar e outros vs. Guatemala, e CtIDH, Atala Riffo vs. Chile.

¹⁰³P.E. 33.

Em primeiro lugar, a participação de Helena pressupôs a total perda de comunicação com o pai durante 21 dias¹⁰⁴, violando o direito de visitação estabelecido pela legislação interna. Ainda, a falta de consulta¹⁰⁵ a Marcos sobre um importante aspecto da vida da filha impede que ele realize a supervisão de sua criação, o que não só inobserva o acordo da custódia, como também contraria seu melhor interesse¹⁰⁶.

Então, a conclusão do juiz de primeira instância de alterar a guarda de Helena, reiterada pela Suprema Corte de Mekinês, encontra fundamento legal no ordenamento do país. O Código Civil de Mekinês prevê a possibilidade de perda da guarda parental por decisão judicial¹⁰⁷ nos atos contrários à moral e aos bons costumes. Portanto, uma vez que o descumprimento do acordo de custódia previamente estabelecido e a privação do contato entre o pai e a filha configuram condutas atentatórias à moral e aos bons costumes, os magistrados agiram em conformidade com o ordenamento mekinense¹⁰⁸.

A análise da legislação interna é relevante, visto que, consoante entendimento da CtIDH, os mecanismos de definição de guarda contemplam a discricionariedade legislativa do Estado. Consequentemente, uma vez realizado o controle de convencionalidade quanto ao melhor interesse da criança e sua vulnerabilidade, cabe ao Estado dispor os critérios de fixação de guarda.

No caso *Atala Riffo vs. Chile*¹⁰⁹, a CtIDH decidiu que não caberia a ela definir a guarda, mas avaliar se o processo se desdobrou de acordo com a CADH, conforme a vedação à quarta instância¹¹⁰. Afinal, a Corte é competente para analisar eventuais violações à CADH, mas não

¹⁰⁴P.E. 8.

¹⁰⁵P.E. 14.

¹⁰⁶*Infra*, 4.2.II.

¹⁰⁷P.E. 7.

¹⁰⁸CtIDH, OC-17/02, §71-73.

¹⁰⁹CtIDH, *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*, §§29, 65 e 66.

¹¹⁰CtIDH, *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, §16; CtIDH, *García Ibarra e outros vs. Equador*, §17; CtIDH, *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, §71.

possui competência para revisar decisões judiciais internas tomadas de acordo com a legislação doméstica.

Portanto, uma vez sedimentado que o ordenamento de Mekinês prevê a possibilidade de que a guarda de Helena seja alterada por decisão judicial, não cabe à CtIDH analisar o desfecho do processo, mas se ele apresentou alguma violação às obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

(II) A alteração de guarda não configura atuação discriminatória

É sabido que a cessão da guarda de Helena ao pai não somente encontra previsão legal no ordenamento jurídico de Mekinês, como também no entendimento da CtIDH. Afinal, o melhor interesse da criança foi o principal critério de análise do Poder Judiciário.

O melhor interesse da criança deriva da dignidade do ser humano¹¹¹ e do reconhecimento de que as crianças ocupam posição de vulnerabilidade¹¹². Assim, gozam de proteção especial à luz de um sólido *corpus iuris* internacional¹¹³ que as garante o direito de bem desenvolverem-se¹¹⁴, dispondo o Estado, a família e a sociedade como responsáveis por tal desenvolvimento¹¹⁵.

Tamanha é esta responsabilidade que a CtIDH já determinou a necessidade da prevalência¹¹⁶ do melhor interesse da criança e admitiu a limitação de direitos humanos consagrados na CADH em prol da sua proteção¹¹⁷. Similarmente, o Comitê dos Direitos das

¹¹¹CtIDH, OC-17/02, §56.

¹¹²CtIDH, "Operação Gênesis" vs. Colômbia, §329; CtIDH, Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru, §76; CtIDH, Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, §134.

¹¹³CADH, Art. 19; DUDH, Art. II; Convenção sobre o Direito das Crianças, preâmbulo e art. 3(1).

¹¹⁴CtIDH, OC-17/02, §53.

¹¹⁵CADH, art 19; Protocolo de San Salvador, art. 16; e CtIDH, Fornerón e filha vs. Argentina, §45.

¹¹⁶CtIDH, Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, §134; CtIDH, "Campo Algodonero" vs. México, §408; CtIDH, Atala Riffo vs. Chile, §108; CtIDH, OC-17/02, §§56-60.

¹¹⁷CtIDH, OC-17/02, §65.

Crianças declarou expressamente o caráter prioritário do melhor interesse das crianças quando da hipótese de colisão entre estes e outros direitos¹¹⁸.

Nesse sentido, é imperioso notar a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais em prol de uma finalidade legítima, refletida no artigo 29 da DUDH e no artigo 30 da CADH. Para tal, os organismos internacionais têm recorrido ao princípio da proporcionalidade¹¹⁹, que consiste na análise da adequação da restrição à solução pretendida e da necessidade de priorização dos mecanismos menos gravosos capazes de obter o mesmo resultado.

No caso *Atala Riffo vs. Chile*, ao analisar a alegação de que a decisão da Corte Suprema Chilena fora discriminatória para com a orientação sexual de Karen Atala, a CtIDH reconheceu a possibilidade de restrição dos direitos da mãe em prol do interesse superior de suas filhas, realizando uma argumentação em duas etapas. A primeira levou em conta a existência de um tratamento diferenciado entre famílias heteroparentais e homoparentais, visto que a orientação sexual da vítima configurou motivo decisivo¹²⁰ nas sentenças chilenas. Assim, a CtIDH considerou comprovado onexo causal entre a orientação sexual da vítima e a alteração de guarda, de modo que houve tratamento diferenciado.

Contudo, ainda assim, a CtIDH não determinou a condenação do Estado Chileno, pois partiu à etapa de aferição da proporcionalidade¹²¹. Ao constatar o tratamento diferenciado, a CtIDH buscou compreender se ele seria adequado para cumprir a finalidade declarada pela sentença do tribunal chileno: a proteção do interesse superior das crianças.¹²²

¹¹⁸CDC, Comentário Geral Nº 14 §§36-40.

¹¹⁹PIDCP, art.4º; CEDH, art. 15; CtEDH, *Karner vs. Áustria*, §41; CtEDH, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, §§34-36; CtEDH, *Palau-Martínez vs França*, §§42-43; ACNUDH, Comentário Geral nº 29, §4; ACNUDH, Princípios de Siracusa, §§10 e 51; Ucaryilmaz, T. (2021), §§14–32.

¹²⁰CtIDH, *Atala Riffo vs. Chile*, §§95-97.

¹²¹*supra note* 120, §112.

¹²²*supra note* 120, §114.

Finalmente, somente após restar claro que não havia sido apontado um dano¹²³, ocasionado pela convivência com a mãe, que justificasse a alteração da guarda das crianças, a CtIDH declarou a violação do direito à igualdade em face da senhora Karen Atala, consagrado no artigo 24, em relação ao artigo 1.1 da CADH.¹²⁴

Similarmente, em *Flor Freire vs. Equador*, em que a vítima foi afastada das Forças Armadas pela prática de "atos sexuais ilegítimos", a CtIDH considerou que o tratamento diferenciado entre atos sexuais homossexuais e não homossexuais no processo disciplinar equatoriano não possuiu um fundamento objetivo e racional, de sorte que o Estado violou o artigo 24 da CADH¹²⁵. O desfecho foi o mesmo no caso *Duque vs. Colômbia*, no qual o senhor Angel Duque foi impedido de receber a pensão pela morte de seu companheiro em razão da existência de legislação que não abarcava tal possibilidade para casais homoafetivos¹²⁶.

No presente caso, porém, a conclusão não poderia ser mais distinta, pois os argumentos decisivos para a alteração de guarda de Helena relacionam-se às oportunidades acadêmico-profissionais que a matrícula em escola melhor avaliada pode oferecê-la¹²⁷, bem como as melhores condições socioeconômicas do pai, e a negligência da mãe em tomar decisões sem consulta ao pai¹²⁸, de sorte que a decisão final da Corte Suprema de Mekinês não teve propósito nem efeitos discriminatórios¹²⁹. Na verdade, a consideração desses critérios denota que a sentença levou em conta o melhor interesse da criança, à luz do artigo 19 da CADH.

Ainda que se entenda pela ocorrência de um tratamento diferenciado entre famílias heteroparentais e o núcleo familiar das supostas vítimas, e ainda que as decisões tenham

¹²³*supra note* 120, §§109, 110, 125 e 130.

¹²⁴*supra note* 120, §146.

¹²⁵CtIDH, *Flor Freire vs. Equador*, §§125-138.

¹²⁶CtIDH, *Duque vs. Colômbia*, §§106-111 e 124.

¹²⁷P.E. 15.

¹²⁸*Supra*, 4.2.I.

¹²⁹*supra note* 120, §12.

mencionado fundamentos possivelmente discriminatórios¹³⁰, não há que se falar em violação ao artigo 24 em relação ao 1.1. Afinal, conforme a jurisprudência da CtIDH,¹³¹ deve-se analisar os motivos decisivos das sentenças, de forma que argumentos secundários não podem prejudicar o desfecho do processo.

Outra importante faceta¹³² do conceito de melhor interesse da criança consiste no seu direito a ser ouvida, refletido no artigo 8 (1) da CADH, o qual deve ser interpretado¹³³ à luz do artigo 12 da Convenção sobre o Direito das Crianças. Este direito não significa que a manifestação da criança nos processos administrativos e judiciais será decisiva¹³⁴, mas que deverá ser levada em conta¹³⁵, considerando o seu grau de maturidade e desenvolvimento¹³⁶. Tal entendimento revela mais uma aproximação da atuação dos tribunais mekinenses à jurisprudência interamericana, visto que Helena foi interrogada durante o processo de guarda, manifestando sua preferência pela moradia do pai¹³⁷.

Neste caso, portanto, os fundamentos decisivos das sentenças judiciais estão verdadeiramente alinhados ao melhor interesse da Helena, de maneira que não somente o artigo 24 foi contemplado, como o artigo 19 da CADH tampouco poderia ser tido como violado por Mekinês, mesmo que a criança figurasse como vítima no presente processo.

¹³⁰Fico (2017), p. 54-55.

¹³¹CtIDH, OC-4/84, §§56-57; CtIDH, "Fecundação in vitro" vs. Costa Rica, §285; CtIDH, Espinoza Gonzáles Vs. Peru, §219.

¹³²*supra note* 120, §197; CtIDH, Ramírez Escobar vs. Guatemala, §229; CDC, Comentário Geral Nº 14, §§43-45.

¹³³*supra note* 120, §196.

¹³⁴*supra note* 120, §§206-208.

¹³⁵CtIDH, Furlán vs. Argentina, §230; CDC, Comentário Geral Nº 12 (2009), §28.

¹³⁶CtIDH, OC-17/02, §§101-102.

¹³⁷P.E., 22.

(III) Não houve qualquer impedimento à convivência periódica de Helena com Julia e Tatiana

Um terceiro tópico essencial na aferição da adequação do processo de guarda aos parâmetros interamericanos é a proteção da convivência familiar, que tanto pode ser um aspecto contemplado pelo melhor interesse da criança, como um direito autônomo, consubstanciado no artigo 17 da CADH e cuja titularidade não está adstrita às crianças. Assim, uma vez que Helena não é vítima neste caso, cabe discorrer sobre a não violação do artigo 17 em face de Julia e Tatiana.

Conforme entendimento da CtIDH, o artigo 17 pressupõe a obrigação dos Estados empreenderem medidas de proteção das crianças e de favorecimento do desenvolvimento do núcleo familiar¹³⁸, de modo que o desfrute mútuo¹³⁹ da convivência entre pais, mães e filhos configura aspecto essencial do direito.

Nesse sentido, a CtIDH entendeu, reiteradamente, que a separação das crianças do seu núcleo familiar configura violação ao artigo 17. No caso Massacre de Las dos Erres, a CtIDH considerou que a Guatemala havia violado o referido artigo, porquanto era culpada pela separação de Ramiro Cristales de sua família biológica num contexto de conflito armado¹⁴⁰. A criança assumiu uma nova identidade, perdendo qualquer contato com seu núcleo familiar anterior¹⁴¹. Por sua vez, no caso Família Pacheco Tineo, a Bolívia foi considerada culpada pela expulsão da família de refugiados ao Peru, onde os pais haviam sido processados criminalmente, de modo que eles certamente seriam separados dos filhos caso voltassem a este país. Assim, a CtIDH declarou a

¹³⁸*supra note* 120, §169.

¹³⁹*supra note* 120, §171; CtIDH, OC-17/02, §72.

¹⁴⁰CtIDH, Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, §§199-200.

¹⁴¹*Idem*, 179-180.

violação do artigo 17 combinado com o 1.1 da CADH por conta do risco da separação prospectiva da família.¹⁴²

Já no mais recente *Ramírez Escobar v. Guatemala*, Osmín Tobar Ramírez, de sete anos de idade, e seu irmão mais novo foram indevidamente considerados abandonados e posteriormente adotados por famílias estadunidenses, de modo que perderam completo contato com sua família originária. Logo, a CtIDH considerou a Guatemala culpada pela violação do artigo 17 em relação ao 1.1, visto que os processos judiciais de declaração de abandono e de adoção implicaram a separação total do núcleo da família Ramírez Escobar.¹⁴³

Percebe-se, então, o posicionamento reiterado da CtIDH de considerar a responsabilidade estatal pela violação do artigo 17 nos casos em que a criança é totalmente separada de sua família originária, o que não poderia ser mais diferente da realidade apresentada *in casu*. Afinal, destacam-se dois diferentes núcleos familiares dos quais Helena faz parte: aquele composto por sua mãe e Tatiana, e outro composto por seu pai. Nota-se que, apesar da guarda ter sido da mãe após a separação dos pais, a criança sempre teve contato frequente com o pai devido às visitas regulares, de modo que não há que se falar na inserção de Helena num ambiente estranho à sua realidade.

Inobstante a alteração de guarda, segundo a previsão legal interna, Julia e Tatiana possuem direito de visita¹⁴⁴, então não houve falta de convívio familiar ou separação entre pais e filhos. Em verdade, o único momento em que Helena perdeu convívio com um dos seus núcleos familiares foi durante o processo de iniciação¹⁴⁵, porquanto o desejo de Julia e de Helena, que possuía somente 8 anos¹⁴⁶, prevaleceu sobre seu melhor interesse: a convivência com seu pai.

¹⁴²CtIDH, *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*, §212.

¹⁴³CtIDH, *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, §§256 e 263. No mesmo sentido: CtIDH, *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*, §§56-163.

¹⁴⁴P.E. 38.

¹⁴⁵*Supra* 4.2.I.

¹⁴⁶*Supra* 4,2,.II.

Assim, a jurisprudência tradicional da CtIDH sobre o artigo 17 é inaplicável ao caso, que versa não sobre separação da família, mas simplesmente sobre um processo de alteração de guarda. Portanto, a alegação de que a convivência familiar teria sido interrompida com a nova configuração de custódia não deve prosperar.

(IV) O Estado de Mekinês cumpriu com as obrigações de adotar disposições de direito interno no que concerne ao conteúdo dos artigos 17, 19 e 24 da CADH

Uma vez realizada a análise do conteúdo do direito à proteção da família, dos direitos das crianças e da igual proteção da lei à luz do artigo 1.1 da CADH, cabe discorrer, também, sobre a não violação dos referidos dispositivos em relação ao artigo 2 da CADH.

Inicialmente, nota-se que o art. 3º da lei federal 4.367/90 prevê uma definição de melhor interesse da criança em absoluta consonância à definição adotada pela CtIDH, apresentando-o como mecanismo de garantia da proteção especial às crianças, referenciando os convênios internacionais dos quais o Estado é signatário.¹⁴⁷ Ainda, o artigo 43, §1º do Estatuto da Infância e da Adolescência determina a necessidade da oitiva da criança nos processos de seu interesse sempre que possível¹⁴⁸, enquanto o artigo 139 reflete o caráter prioritário da proteção à criança, criando o Conselho Tutelar como um mecanismo autônomo de fiscalização do cumprimento dos direitos da infância.¹⁴⁹

Ademais, destaca-se que há um órgão específico cujas atribuições relacionam-se à proteção dos grupos vulneráveis, a Defensoria Pública¹⁵⁰, que atuou no processo de custódia de Helena

¹⁴⁷P.E. 2.

¹⁴⁸P.E. 22, 28 e 43.

¹⁴⁹P.E. 20.

¹⁵⁰*Idem.*

reforçando a inexistência de qualquer discriminação legislativa no ordenamento jurídico de Mekinês. O Código Civil do Estado e o Estatuto da Criança não contemplam critérios discriminatórios para a definição da guarda parental.¹⁵¹

Além disso, o artigo 3º da Constituição de Mekinês prevê expressamente a laicidade do Estado¹⁵², refletindo a previsão do art. 12 da CADH e afastando qualquer embasamento legal para eventuais atuações discriminatórias¹⁵³. No mesmo sentido, não há previsão constitucional de composição familiar legítima ou única, reiterando o compromisso com o pluralismo.¹⁵⁴

Portanto, resta derrotada qualquer pretensão de responsabilizar o Estado de Mekinês pela falta de adoção de disposições de direito interno no que tange à proteção à família, à criança e à igualdade, visto que sua legislação é absolutamente alinhada à agenda democrática.

4.3. Da não violação do artigo 8 c/c 1.1 e 2 da CADH

Neste último bloco, serão elencados os fundamentos de mérito que embasam a não violação das garantias judiciais protegidas pela CADH, na hipótese de não acolhimento da exceção preliminar. Nota-se que o Estado respeitou o artigo 8 c/c 1.1 e 2 da CADH, visto que todos os envolvidos foram ouvidos no decorrer do processo, o processo de guarda foi finalizado num prazo razoável, e as decisões foram tomadas por juízes independentes e imparciais. Ademais, eventuais fundamentos discriminatórios não poderiam motivar a responsabilização internacional do Estado, pois já estão sendo reparados.

¹⁵¹P.E. 7.

¹⁵²P.E. 4.

¹⁵³C.H., §7.

¹⁵⁴C.H., §4.

- (I) Todos os envolvidos tiveram acesso à prestação judicial célere, independente e imparcial.

Conforme previsão expressa do artigo 8.1 da CADH, uma importante faceta das garantias judiciais é o acesso à justiça, especialmente refletido no direito individual de ser ouvido pelo juízo nos processos de seu interesse. Segundo a jurisprudência da CtIDH, o direito de ser ouvido engloba um âmbito formal, relacionado à garantia de acesso ao órgão competente para tutelar o direito reivindicado, bem como um âmbito material, o qual "*implica que o Estado garante que a decisão proferida através do procedimento satisfaz o objetivo para o qual foi concebido, (...) não significa[ando] que deva ser sempre aceito*"¹⁵⁵.

O âmbito formal da referida garantia pressupõe que as vítimas possam manifestar-se no bojo dos processos que tutelam seus interesses, formulando suas pretensões e apresentando elementos probatórios.¹⁵⁶ No presente caso, é evidente que Julia Mendoza teve acesso ao duplo grau de jurisdição¹⁵⁷ ao recorrer da decisão do juiz de primeira instância. Ainda, inexistiu qualquer indício de que ela tenha sido impedida de apresentar seus argumentos ou os elementos probatórios que os comprovem.¹⁵⁸ Inclusive, segundo já estabelecido no tópico 4.2, não só a Sra. Julia teve oportunidade de manifestar-se perante o juízo, como Helena também o fez.¹⁵⁹

Ademais, nota-se a existência de um mecanismo de fiscalização das decisões judiciais dentro do escopo de atuação do CNJ¹⁶⁰, o qual, conforme exceção preliminar apresentada, estava disponível às vítimas durante todo o processo, inclusive após a emissão da sentença final pela

¹⁵⁵CtIDH, Barbani Duarte e outros vs. Uruguai, §122. Tradução própria; Também: CtIDH, Trabalhadores demitidos de Petroperú vs. Peru, §153; CtIDH, Roche Azaña vs. Nicarágua, §85.

¹⁵⁶CtIDH. Camba Campos Vs. Equador, §181.

¹⁵⁷C.H., §34.

¹⁵⁸P.E. 10.

¹⁵⁹P.E. 22.

¹⁶⁰ P.E. 39.

Corte Suprema. Ou seja, as vítimas tinham acesso - e estão acessando atualmente - a uma instância de fiscalização da atuação judicial.

Quanto ao âmbito material do direito de ser ouvido, destaca-se que todas as instâncias judiciais de Mekinês motivaram suas decisões a partir das alegações das partes¹⁶¹, de sorte que consideraram suas declarações, ainda que não as tenham acolhido¹⁶². É evidente que os magistrados mekinenses observaram o melhor interesse de Helena¹⁶³, a qual foi assistida pela Defensoria Pública durante todas as etapas do processo¹⁶⁴ e teve sua manifestação levada em conta pelo judiciário no momento decisório. Portanto, resta comprovado não somente que as partes foram ouvidas pelos órgãos judiciais pertinentes, como também que estes levaram em conta suas manifestações e interesses no momento decisório.

Outro aspecto do respeito às garantias judiciais, segundo o artigo 8.1 da CADH, é que o processo em questão se desenvolva num prazo razoável, que se entende a partir do primeiro momento processual até o final da execução da sentença¹⁶⁵. Para definir a razoabilidade da duração de um processo judicial, a jurisprudência da CtIDH tem se debruçado sobre critérios específicos¹⁶⁶, dentre os quais destacam-se a conduta das autoridades judiciais¹⁶⁷ e a afetação gerada na situação das partes envolvidas¹⁶⁸.

In casu, não há nenhum indício de que os juízes tenham deixado de agir diligentemente¹⁶⁹. Ademais, Helena passou a viver com o pai somente após a alteração definitiva da guarda¹⁷⁰, de

¹⁶¹ C.H., §§34-38.

¹⁶² CtIDH, Apitz Barbera vs. Venezuela, §§77-78 e 90; CtIDH, Chocrón Chocrón vs. Venezuela, § 118.

¹⁶³ *supra* 4.2.

¹⁶⁴ P.E. 2.

¹⁶⁵ CtIDH, Argüelles vs. Argentina, §188; CtIDH, Andrade Salmón vs. Bolívia, §157; CtIDH Furlan e familiares vs. Argentina, §151.

¹⁶⁶ CtIDH, Valle Jaramillo vs. Colômbia, §155; CtIDH, Argüelles vs. Argentina, §189.

¹⁶⁷ CtIDH, Myrna Mack Chang vs. Guatemala, §210; CtIDH, Andrade Salmón vs. Bolívia, §158.

¹⁶⁸ CtIDH, Valle Jaramillo vs. Colômbia, §155.

¹⁶⁹ P.E. 10; e C.H., §34-38.

¹⁷⁰ P.E. 17.

modo que o processo de custódia privilegiou a estabilidade e a manutenção da rotina da criança até que a decisão sobre seu melhor interesse fosse concluída. Ou seja, o decurso do processo não alterou a rotina da nenhuma das partes envolvidas, de sorte que, ao menos quanto a este aspecto, não seria necessário celeridade especial.

Ainda assim, a duração total do processo foi de um ano e quatro meses¹⁷¹, o que em muito se distingue dos processos considerados excessivamente demorados pela CtIDH. No caso Sales Pimenta, o Estado Brasileiro foi responsabilizado pela excessiva demora na prestação judicial, visto que haviam transcorrido 24 anos entre a data dos fatos e a extinção do processo.¹⁷²

O mesmo pode ser inferido do caso Digna Ochoa e familiares Vs. México¹⁷³, em que o México foi considerado culpado pela ineficiência de uma investigação que levou mais de vinte anos. No mesmo sentido, em Angulo Losada Vs. Bolívia, a CtIDH considerou o Estado responsável pela violação dos artigos 8.1 e 19 da CADH, visto que a ação penal acerca da violência sexual sofrida pela vítima havia demorado aproximadamente vinte anos, culminado na prescrição¹⁷⁴.

Portanto, em cenário completamente oposto àquele da larga maioria dos Estados americanos, conclui-se que as autoridades mekinenses agiram de forma diligente, célere e atenta à situação de vulnerabilidade da criança, uma vez finalizado o processo de guarda de Helena em somente um ano e quatro meses.

Quanto à garantia de independência judicial, entende a CtIDH consistir no direito dos indivíduos a serem julgados - ou terem seus processos julgados - por um juiz alheio a pressões

¹⁷¹ P.E. 5.

¹⁷²CtIDH, Sales Pimenta vs. Brasil, §113.

¹⁷³CtIDH, Digna Ochoa e familiares vs. México, §133.

¹⁷⁴CtIDH, Angulo Losada vs. Bolívia, §130- 133.

externas¹⁷⁵. Assim a previsão do artigo 8.1 combinada com o artigo 1.1 da CADH pressupõe que os processos sejam julgados por magistrados movidos unicamente pelo Direito, enquanto sua combinação com o artigo 2 da CADH estabelece a necessidade de que os Estados adotem legislações democráticas e garantidoras da efetiva separação dos poderes.¹⁷⁶

No Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru¹⁷⁷, a CtIDH definiu que a independência judicial se manifestava a partir de um "*adequado processo de nomeação, [de] uma permanência pré estabelecida [ou inamovibilidade] no cargo e [de] uma garantia contra pressões externas*". Estes critérios foram reiterados no Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela¹⁷⁸, no qual o Estado venezuelano foi considerado responsável pela violação do artigo 8.1 da CADH por conta da destituição arbitrária da juíza Maria Cristina Reverón Trujillo, num contexto de tensões políticas e reestruturação judicial no país.

Em Nissen Pessolani Vs. Paraguai, a CtIDH reforçou sua jurisprudência, ao determinar que a independência judicial supõe que o juiz não poderia ser "*objeto de pressões políticas ou ingerências indevidas em sua atuação, nem de represálias pelas decisões que tenham assumido objetivamente*"¹⁷⁹. Em síntese, o caso consistiu na análise da remoção do advogado Alejandro Nissen Pessolani do cargo de agente fiscal penal, que fora determinada por um órgão jurisdicional misto do Paraguai. Quando da análise da independência judicial, a CIDH alegou que a composição de tal órgão seria problemática, de sorte que o Estado paraguaio teria violado as garantias judiciais do artigo 8.1 da CADH.¹⁸⁰

¹⁷⁵CtIDH, Reverón Trujillo vs. Venezuela, §67.

¹⁷⁶CtIDH, "Caso do Tribunal Constitucional" vs. Peru, §73

¹⁷⁷CtIDH, "Caso do Tribunal Constitucional" vs. Peru, §75. No mesmo sentido: CtIDH, Apitz Barbera vs. Venezuela, §138; CtIDH, Chocrón Chocrón vs. Venezuela, §§98-111; e ACNUDH, Princípios básicos relativos à independência do judiciário, princípio 12.

¹⁷⁸CtIDH, Reverón Trujillo Vs. Venezuela, §§70- 81.

¹⁷⁹CtIDH, Nissen Pessolani Vs. Paraguai, §§57-58. Tradução Própria.

¹⁸⁰*Idem*, §52.

No entanto, este entendimento não foi acolhido pela CtIDH, que decidiu pela compatibilidade do procedimento de julgamento do Sr. Alejandro Pessolani com CADH (no que tange à garantia de independência), porquanto era um mecanismo taxativamente previsto em lei, que comportava a participação do acusado tanto para apresentar sua contestação quanto para produzir provas, além de admitir manifestações orais das partes¹⁸¹. Assim, a independência judicial estaria comprovada a partir da existência de um devido processo taxativamente previsto na legislação interna.

Conclusão semelhante pode ser inferida do presente caso, visto que Mekinés é uma democracia cuja legislação interna está em total conformidade com os parâmetros internacionais¹⁸², garantindo assim a divisão dos poderes estatais que funcionam de forma independente e harmônica¹⁸³, o que impede pressões externas na atuação do judiciário. Além disso, a nomeação dos juízes se dá a partir de um processo objetivo, que contempla a aprovação em concurso público, após a qual o aprovado será eventualmente investido no cargo de forma vitalícia.¹⁸⁴ Portanto, preenchidos também os requisitos jurisprudenciais de um adequado processo de nomeação e da inamovibilidade no cargo.

No que tange à imparcialidade judicial, também garantida pelo artigo 8.1 da CADH, nota-se a necessidade de uma análise da subjetividade dos juízes, ao invés da aferição da estrutura do judiciário acima realizada¹⁸⁵. Segundo a jurisprudência da CtIDH, a imparcialidade dos juízes pressupõe que eles não tenham "*um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia*"¹⁸⁶.

¹⁸¹ *Idem*, §§62- 63.

¹⁸² C.H., §4º, 5º, 7º, 16; P.E. 2, 4, 6, 7, 9, 20, 22, 33, 39, 41, 43.

¹⁸³ P.E. 9.

¹⁸⁴ P.E. 6.

¹⁸⁵ CtIDH, "Rádio Caracas Televisão" vs. Venezuela, §304.

¹⁸⁶ CtIDH. Nissen Pessolani Vs. Paraguai, §64. Tradução Própria.

Ademais, é entendimento consolidado que esta imparcialidade se presume¹⁸⁷, de maneira que não cabe ao Estado comprová-la, mas aos peticionários afastá-la. No Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela, de 2008, a CtIDH mencionou expressamente esta presunção, afirmando que a existência de qualquer preconceito do juiz deve ser comprovada pelas partes, cabendo ao magistrado unicamente, em suas decisões, "*fornecer elementos convincentes que permitam eliminar suspeitas fundamentadas acerca de sua parcialidade*".¹⁸⁸

Nesse sentido, no caso Granier e outros vs. Venezuela, a CtIDH não acolheu a alegação da CIDH de que haveria um contexto de falta de independência e imparcialidade do judiciário naquele país, determinando que "*(...) é necessário que se apresentem argumentos concretos sobre a possível afetação no processo da qual poderia derivar falta de independência ou imparcialidade*".¹⁸⁹

De forma semelhante, no caso Atala Riffo v. Chile, a CtIDH entendeu que o país não havia violado as garantias do artigo 8.1 da CADH, uma vez que a interpretação de normas internas contrariamente à CADH "*não é suficiente (...) para que este Tribunal declare uma falta de imparcialidade objetiva*". Assim, embora tivesse havido discriminação, não se constatou a parcialidade da Corte chilena, visto que não havia sido apresentado provas concretas que afastassem a presunção de imparcialidade.¹⁹⁰

A mesma conclusão pode ser inferida do presente caso, dado que a decisão sobre a custódia de Helena foi embasada pelo interesse da criança¹⁹¹, o qual estrutura-se a partir de critérios objetivos, como o acesso à educação, ao transporte, à alimentação, à saúde de melhor qualidade

¹⁸⁷CtIDH, Duque Vs. Colombia, §§162-166; CtIDH, Nissen Pessolani vs. Paraguai, §65. Também: CtEDH, Kyprianou vs. Chipre, §119; CtEDH, Hauschildt vs. Dinamarca, §47.

¹⁸⁸CtIDH, Apitz Barbera e outros vs. Venezuela, §56.

¹⁸⁹CtIDH, "Radio Caracas Televisão" vs. Venezuela, §§278 e 305.

¹⁹⁰CtIDH. Atala Riffo e Crianças vs. Chile, §§189-192.

¹⁹¹*supra*, 4.2.

possível e ao lazer.¹⁹² O juiz de primeiro grau também se utilizou de fundamentos objetivos, quais sejam: o fato de Helena ter sido matriculada em escola melhor avaliada e as condições materiais proporcionadas pelo pai.¹⁹³

Além disso, os representantes e a CIDH não apresentaram qualquer prova de que algum dos magistrados envolvidos no caso teria sido influenciado por concepções alheias ao próprio Direito.

Assim, a alegação de que os juízes mekinenses teriam violado a garantia de imparcialidade do artigo 8.1 da CADH pela suposta "*aproximação estereotipada*"¹⁹⁴ não somente vai de encontro à jurisprudência pacífica da CtIDH como também se afasta da realidade. Portanto, é possível concluir que as vítimas tiveram acesso à garantia de uma prestação judicial célere, independente e imparcial.

(II) Eventuais fundamentos discriminatórios não poderiam motivar a responsabilização internacional do Estado, pois já estão sendo reparados

O Relatório nº 88/22 da CIDH traz a alegação de que o Mekinês teria violado o artigo 8.1 da CADH por conta dos fundamentos supostamente discriminatórios empreendidos pelos magistrados durante o processo de custódia de Helena. Conforme tópico 4.2, é evidente que não há que se falar em tratamento discriminatório, mas distinção. Também, conforme tópico 4.3.I, não se pode considerar a violação da garantia de imparcialidade, cuja presunção não pôde ser afastada no presente caso.

¹⁹² P.E. 15 e 32; e C.H., §37.

¹⁹³ C.H., §33.

¹⁹⁴ C.H., §42.

Ainda assim, na remota hipótese de que os fundamentos judiciais quanto à orientação sexual das vítimas e quanto à religião por elas praticadas fossem considerados discriminatórios, tampouco haveria violação aos artigos 8.1 e 24 CADH. Afinal, a responsabilidade internacional do Estado é afastada caso eventuais danos sejam diligentemente reparados, à luz do princípio da subsidiariedade.

Ao interpretar a sentença do Caso Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru, a CtIDH definiu que "*o Estado é o principal garantidor dos direitos humanos das pessoas (...) [e] possui o dever de resolver o assunto a nível interno e reparar antes de ter de responder ante (...) o SIDH*"¹⁹⁵. No caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colombia*, a CtIDH reiterou esse entendimento, associando-o à previsão de complementariedade expressa no preâmbulo da CADH, e determinando que a responsabilidade decorrente de violações da CADH somente pode ser pleiteada no âmbito internacional após o Estado ter tido a oportunidade de repará-las.¹⁹⁶

Foi com base neste fundamento que, no caso *La Cantuta v. Peru*, a CtIDH reconheceu a inexistência de responsabilidade internacional do Peru a partir do momento em que a Corte Suprema do país parou de aplicar as leis de autoanistia. Naquele caso, uma vez que ficou evidente a realização do controle de convencionalidade pela Corte Suprema peruana, afastou-se a violação do artigo 2 da CADH.¹⁹⁷

No mesmo sentido, destaca-se o voto dissidente do comissário Stuardo Ralón Orellana no Relatório de Mérito nº 5/20 da CIDH, que defende inexistência de responsabilidade internacional do Estado brasileiro decorrente discriminação racial sofrida por Neusa dos Santos e Gisele Ferreira. Ainda que o comissário tenha reconhecido a existência de racismo, entendeu que o

¹⁹⁵ CtIDH, *Acevedo Jaramillo e outros vs. Peru*. Interpretação de Sentença, §66.

¹⁹⁶ CtIDH, *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, §142. Também: CtIDH, *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, §75.

¹⁹⁷ CtIDH, *La Cantuta vs. Peru*, §189. Também: CtIDH, *Duque vs. Colômbia*, §§126-128.

ordenamento jurídico brasileiro apresentava eficazes mecanismos de prevenção e de reparação da referida violação, de sorte que não vislumbrou a possibilidade de responsabilização internacional.¹⁹⁸

Nessa senda, é certo que Mekinês possui legislação adequada e políticas de prevenção a atos discriminatórios, bem como mecanismos de reparação: a investigação pelo CNJ e a atuação autônoma do Defensor Público da Suprema Corte¹⁹⁹.

Nota-se que estes mecanismos investigatórios, que estão em curso no momento²⁰⁰, constituem, em si, reparação adequada às vítimas. Afinal, se a alegação dos representantes é estruturada a partir de uma suposta atuação discriminatória dos magistrados responsáveis pelo processo de guarda, um procedimento que combata a discriminação judicial, apure a imparcialidade dos juízes e responsabilize aqueles considerados culpados certamente possui efeito reparador.

Cabe destacar, nesse contexto, que o dever de investigar é aspecto do dever estatal de reparação e representa obrigação de meio²⁰¹. Isto é, a existência de uma investigação "*séria, imparcial e efetiva (...)*"²⁰² possui efeito reparador, de sorte que a existência das investigações levadas à cabo pelo CNJ e pelo Defensor Público da Suprema Corte de Mekinês possui o condão de reparar supostas condutas violatórias.

Então, mesmo na hipótese da Corte entender pela ocorrência discriminação no processo de guarda, esta não deve ensejar responsabilização internacional de Mekinês, pois suas instâncias

¹⁹⁸CIDH, Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil.

¹⁹⁹ P.E. 23 e 39.

²⁰⁰ Vide exceção preliminar.

²⁰¹CtIDH, Garibaldi vs. Brasil, §§137-138; CtIDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, §§166 e 177.

²⁰²CtIDH, "Campo Algodonero" vs. México, §290.

internas já iniciaram procedimentos investigatórios para apurar e, eventualmente, sancionar as condutas dos magistrados.

5. PETITÓRIO

Pelas razões acima expostas, o Estado de Mekinês requer que essa CtIDH:

(a) Acate a exceção preliminar de não esgotamento de recursos internos, observando o artigo 46.1.a da CADH, e não proceda ao julgamento de mérito no que se refere ao artigo 8 da CADH.

(b) Subsidiariamente, proceda à análise de mérito e declare que o Estado não violou os artigos 8.1, 12, 17, 19 e 24, da CADH, em relação artigos 1.1 e 2, e tampouco violou os artigos 2, 3 e 4 da CIRDI.

(c) Consequentemente, julgue improcedentes os pedidos de reparações.