

DECLARAÇÃO DE VOTO DE VENCIDA DO VEN. JUIZ RAFAÃ BEN ACHOUR

1. Com o devido respeito, manifesto a minha discordância em relação à maioria dos meus colegas, que consideraram procedente¹ a primeira objecção do Estado Demandado e, por conseguinte, declararam inadmissível a Petição N.º 04/2020 - *Tike Mwanbipile e Equality Now c. a República Unida da Tanzânia*, recebida no Cartório Judicial no dia 19 de Novembro de 2020.
2. A interpretação que faço do n.º 7 do Artigo 56.º da Carta, reiterado textualmente na alínea g) do n.º 2 do Artigo 50.º do Regulamento do Tribunal, segundo o qual as petições interpostas perante o Tribunal «[não devem] tratar casos que tenham sido resolvidos pelos Estados envolvidos, em conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas, ou do Acto Constitutivo da União Africana, ou das disposições da Carta», distancia-se daquela que foi adoptada pela maioria do Tribunal.
3. Antes de mais, com o objectivo de garantir a segurança jurídica, o n.º 7 do Artigo 56.º da Carta e a alínea g) do n.º 2 do Artigo 50.º do Regulamento do Tribunal impedem que um mesmo caso de violações de direitos humanos seja objecto de análise e decisão por vários órgãos internacionais em simultâneo, o que poderia resultar em decisões divergentes ou até mesmo inconciliáveis. Cumpre salientar que as duas disposições não especificam quais os órgãos aos quais o princípio de *ne bis in idem* deve ser aplicado. Elas apenas o enquadram em termos muito lacónicos, referindo-se aos princípios da Carta das Nações Unidas, ao Acto Constitutivo da União Africana ou às disposições da Carta [Africana]. O termo «princípio» utilizado no texto não se refere a qualquer norma específica.

¹ O Estado Demandado alegou que foi apresentada ao ACERWC uma comunicação contendo alegações semelhantes às formuladas na presente Petição, designadamente a Comunicação N.º 0012/Com/001/2019, no caso *Legal and Human Rights Centre e Centre for Reproductive Rights* (em nome das raparigas tanzanianas) contra a República Unida da Tanzânia. Na sua perspectiva, a Petição não é admissível, uma vez que as mesmas alegações foram suscitadas e permanecem pendentes perante outra instância internacional com competência jurisdicional para delas conhecer. O Estado Demandado sustentou, outrossim, que a presente Petição se encontra abrangida pela doutrina de *res sub judice*, que veda a possibilidade de duas jurisdições internacionais competentes decidirem, em simultâneo, sobre um caso com alegações semelhantes, como o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas.

4. Os estudiosos da Carta sustentam que nem a Carta nem o Regulamento «contemplam a relevante questão da litispendência que pode se manifestar em decorrência de uma queixa apresentada por um Estado contra outro Estado examinada pela Comissão, quando o objecto dessa comunicação já está a ser apreciado por um outro órgão internacional. Para além disso, ao não incorporarem o princípio de *non bis in idem*, os dois instrumentos deixam em aberto a questão da eventual reapreciação de um caso já submetido à Comissão ou a um outro órgão internacional».²

5. Em resposta à presente Petição, que alegava múltiplas violações da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (a Carta) e de vários outros instrumentos relevantes de direitos humanos aos quais o Estado Demandado é parte³, resultantes dos regulamentos e directivas do Estado Demandado que excluem raparigas grávidas e mães adolescentes das escolas públicas (ensino primário e secundário), impedindo a sua readmissão mesmo após o parto, o Tribunal decidiu que «[...] a presente Petição levanta questões já resolvidas, nos termos do n.º 7 do Artigo 56.º da Carta, e declarou que este requisito de admissibilidade não se encontra preenchido».⁴

6. Com efeito, o Tribunal considerou que a matéria já havia sido dirimida pelo Comité Africano de Peritos em Direitos e Bem-Estar da Criança (ACERWC)⁵, perante o qual foi apresentada, no dia 17 de Junho de 2019, uma comunicação⁶ a alegar que as raparigas do ensino primário e secundário são submetidas a

² F. Ougergouz. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Geneva, Graduate Institute Publications, 1993, Chapter VIII, parágrafo 105.

³ Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança; Protocolo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre os Direitos da Mulher em África (Protocolo de Maputo); Carta Africana da Juventude; Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; Convenção da UNESCO (Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação); e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁴ Parágrafo 61 da Decisão.

⁵ Decisão N.º 012/Com/001/2019 proferida quando da 39.ª Sessão Ordinária do Comité, realizada virtualmente de 21 de Março a 1 de Abril de 2022. ⁶ Comunicação N.º 001/2022.

⁶ Comunicação N.º 001/2022.

testes de gravidez forçados e expulsas das escolas caso se confirme que estão grávidas ou casadas.

7. Na minha opinião, o caso não só não foi (II) resolvido pelo ACERWC, quer quanto ao mérito, quer quanto ao preenchimento dos requisitos formais necessários para a tal resolução.

I. OS PRESSUPOSTOS INDISPENSÁVEIS DE SIMILITUDE NÃO ESTÃO REUNIDOS

8. O Tribunal, em diversas decisões precedentes, definiu os requisitos formais que devem ser preenchidos para que uma petição interposta perante si possa ser considerada semelhante a outra ou outras petições submetidas a outros tribunais ou mecanismos de protecção dos direitos humanos. Nas suas decisões anteriores, em especial nos processos *Gombert JeanClaude Roger c. a República de Côte d'Ivoire*⁷ e *Dexter Eddie Johnson c. a República do Gana*,⁸ o Tribunal estabeleceu três critérios cumulativos para concluir que vários pedidos apresentados ao Tribunal são semelhantes aos apresentados a outros tribunais ou órgãos. Estes são a seguir enumerados:
 - Identidade das partes;
 - Se os pedidos são idênticos, se são complementares, alternativos ou se derivam de um requerimento formulado no âmbito do processo original; e
 - A existência de uma decisão proferida anteriormente sobre o mérito da causa em questão.
9. No caso que é objecto da presente declaração de voto de vencida e, contrariamente às conclusões do Tribunal, nenhum destes requisitos foi preenchido pela Comunicação apresentada ao ACERWC em relação à Petição apresentada neste Tribunal.

⁷ *Gombert c. a República de Côte d'Ivoire*, Despacho Judicial de 22 de Março de 2018, 2 AfCLR, 270, parágrafo 45.

⁸ *Dexter Eddie Johnson c. a República do Gana*, Decisão de 28 de Março de 2019, 3 AfCLR, 99, parágrafo 48.

A. O critério relativo à «Identidade das Partes»

10. Em primeiro lugar, no que concerne ao primeiro critério, nomeadamente, a identidade das partes, embora seja claro que o Estado Demandado que comparece perante o Tribunal é o mesmo Demandado no processo do ACERWC, os Peticionários no Tribunal e no ACERWC não são os mesmos. Os requerentes perante o Tribunal são Tike Mwambipile, uma cidadã tanzaniana, e a Equality Now, uma organização não-governamental (ONG) com estatuto de observador junto da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Os Requerentes perante o ACERWC são o *Centre for Human and Legal Rights* e o *Centre for Reproductive Rights* (em nome das raparigas tanzanianas). O próprio Tribunal faz esta afirmação quando observa no parágrafo 49 da Decisão que «o Estado Demandado no processo perante o ACERWC e na presente Petição é o mesmo, [porém] que os Peticionários nos processos são diferentes». No entanto, o Tribunal, em vez de admitir que as partes nos dois processos são diferentes, ignora este facto e altera a sua posição «considerando que ambos os processos podem ser qualificados como casos de contencioso de interesse público». ⁹ Em vez de se concentrar na identidade das partes, o Tribunal invoca a natureza dos dois processos, afirmando que se trata de «litígios de interesse público» sem, no entanto, explicar qual é a acepção desta expressão, que, de qualquer modo, nada tem a ver com a identidade das partes. O Tribunal contenta-se com uma tautologia ao afirmar que «a identidade das partes em diferentes Petições pode ser considerada semelhante na medida em que ambas visam proteger o interesse público, de um modo geral, e não apenas interesses privados específicos»; e, surpreendentemente, conclui com base no facto de os dois processos serem de interesse público que «o critério da ‘mesma identidade’ das partes» está preenchido, o que, de facto e de forma objectiva, é totalmente erróneo.

B. O critério relativo à «Identidade das Petições»

⁹ Parágrafo 50 da Decisão.

11. O critério da identidade das petições refere-se à similaridade na natureza das petições apresentadas ao mesmo tribunal ou a duas instâncias diferentes. Quando duas ou mais petições semelhantes são apresentados à mesma instância judicial, esta pode, oficiosamente ou a pedido das partes, ajuntar os dois pedidos e proferir uma única decisão, apesar de as petições serem apresentadas por dois ou mais peticionários diferentes. Este princípio está previsto no Artigo 62.º do Regulamento do Tribunal¹⁰ e foi aplicado por este em diversas ocasiões.¹¹ Quando dois ou mais petições semelhantes são apresentadas a dois ou mais órgãos judiciais ou entidades diferentes e ainda não foram deliberados, deve-se perspectivar que seja evitada a litispendência. Esta situação, que suscita um risco de conflito em termos de competência jurisdicional é, de um modo geral, resolvida pelo último órgão jurisdicional a que se recorre, se uma das partes suscitar uma objecção à competência jurisdicional ou uma declinação de competência jurisdicional. Se o primeiro Tribunal ou órgão a que a acção foi submetida decidir a causa, a objecção relativa à litispendência torna-se uma objecção de *res judicata*.¹²

12. O n.º 1 do Artigo 37.º do Regulamento do Tribunal prevê expressamente a regra de litispendência apenas em relação aos casos pendentes junto da Comissão Africana de Direitos dos Direitos e dos Povos, ao prever que «[o] Tribunal não considerará qualquer pedido ou requerimento de parecer relativo a uma questão pendente perante a Comissão, a menos que a questão tenha sido formalmente retirada». No entanto, este princípio, que é altamente controverso,

¹⁰ O Tribunal pode, em qualquer fase do processo, por iniciativa própria ou mediante solicitação de qualquer das partes, ordenar a apensação ou separação de casos e alegações se considerar apropriado.

¹¹ A primeira decisão de apensação de casos adoptada pelo Tribunal: Tanganyika Law Society e The Legal Human Rights Centre (Processo n.º 009/2011) e Reverendo Christopher Mtikila (Processo n.º 011/2011). Despacho de 22 de Setembro de 2011, 1 AfCLR, 32.

¹² No seu acórdão de 25 de Agosto de 1925, Certos Interesses Alemães na Alta Silésia Polonesa (Excepção prejudicial), o PCIJ afirmou que "é evidente que os elementos essenciais que constituem a litispendência não estão presentes. Não se trata de duas acções idênticas: a acção ainda pendente perante o Tribunal Arbitral Misto Germano-Polonês em Paris busca a restituição a uma empresa privada da fábrica da qual esta afirma ter sido injustamente privada; por outro lado, solicita-se ao Tribunal Permanente de Justiça Internacional que interprete certas cláusulas da Convenção de Genebra. As Partes não são as mesmas e, por fim, os Tribunais Arbitrais Mistos e o Tribunal Permanente de Justiça Internacional não são tribunais de mesma natureza, e, com maior razão, o mesmo poderia ser dito em relação ao Tribunal e ao Tribunal Civil de Kattowitz." Série A, N.º 6, p. 20.

¹³ Veja nota 11 acima.

não pode ser aplicado sempre que um caso esteja pendente numa outra instância ou organismo de direitos humanos, especialmente quando a instância e o organismo (neste caso, o TAdHP e o ACERWC) não são, na acepção do PCIJ, «do mesmo nível».¹³ Importa lembrar que no acórdão relativo ao caso *Gombert c. a Côte d'Ivoire*, de 22 de Março de 2018, o Tribunal aplicou correctamente o no 7 do Artigo 56.º da Carta, pois o caso havia sido resolvido por um tribunal internacional regional, a saber, o Tribunal de Justiça da CEDEAO, contrariamente do caso *Dexter Eddie Johnson c. a República do Gana*, que foi objecto de parecer de um órgão parajudicial, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, cujas «decisões» não têm autoridade de *res judicata*.¹⁴

13. Independentemente das considerações supra, a Petição perante o Tribunal e a Comunicação perante o ACERWC são, sem dúvida, semelhantes, mas não idênticas. Na Petição perante o Tribunal, as violações alegadas não são reproduzidas na íntegra como na Comunicação perante o Comité. Na realidade, algumas das violações alegadas na Petição (parágrafo 19 da Decisão) não foram alegadas na Comunicação perante o Comité. Tal é o caso das Violações n.º (iii) a (ix)¹⁵ e da Violação n.º (xi).

¹³ Vide a nota 11 supra.

¹⁴ Vide a minha declaração de voto no caso *Dexter Eddie Johnson c. a República do Gana*, Decisão de 28 de Março de 2019, 3 AfCLR, 99, parágrafo 48

¹⁵ iii. Ordenar ao Estado Demandado que revogue imediatamente a política que proíbe (tanto o regulamento de expulsão quanto a implementação das declarações) e altere sua legislação para proteger o direito à educação. iv. Ordenar ao Estado Demandado que revogue imediatamente o Regulamento n.º 4 dos Regulamentos da Educação (Expulsão e Exclusão de Alunos das Escolas) de 2002, removendo "união matrimonial" como motivo de expulsão, e que altere a Lei do Casamento de 1971 para harmonizar a idade mínima para casamento em 18 anos tanto para rapazes quanto para raparigas.

v. Ordenar ao Estado Demandado que desenvolva estratégias, programas e campanhas nacionais voltados para a questão das gravidezes na adolescência, promovendo educação pública e conscientização sobre saúde e direitos sexuais e reprodutivos, bem como o fim dos casamentos infantis. Aumentar o conhecimento comunitário sobre planeamento familiar e contraceptivos apoiará os esforços para lidar com o alto índice de gravidezes na adolescência.

vi. Ordenar ao Estado Demandado que desenvolva estratégias e campanhas nacionais para permitir que mães adolescentes frequentem a escola. Isso pode incluir o fornecimento de subsídios para permitir que raparigas com filhos frequentem a escola, o desenvolvimento de sistemas de ensino alternativos que ofereçam a mesma qualidade e padrão de educação que as escolas regulares, bem como a formulação e implementação de políticas de reintegração específicas para raparigas que deram à luz.

vii. Ordenar ao Estado Demandado que adopte medidas constitucionais, legislativas e administrativas para garantir o direito à educação, incluindo sua aplicabilidade no âmbito interno,

14. Assim, os casos são apenas parcialmente idênticos. Infelizmente, o Tribunal considerou que havia uma semelhança total entre a Petição a si apresentada e a Comunicação apresentada ao Comité. Começa por observar que «[é] evidente que ambos os casos contestam a mesma lei, ou seja, o Artigo 4.º do Regulamento da Educação (Expulsão e Exclusão de Alunos da Escola) de 2002, e a mesma prática de expulsão de raparigas grávidas e jovens das escolas, bem como outras práticas discriminatórias associadas, incluindo testes de gravidez obrigatórios».¹⁶ Embora este seja o teor geral dos dois casos, um tribunal não pode dar-se por satisfeito com base em impressões de carácter geral. O Tribunal considerou ainda «que o ACERWC, na Comunicação perante si, apenas concluiu que ocorreram violações da Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança e não da Carta e de outros instrumentos jurídicos internacionais de que o Estado Demandado é parte»¹⁷ Portanto, o Tribunal admite expressamente que apenas a Carta sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança foi invocada perante o Comité. Isto é perfeitamente lógico, uma vez que o Comité só tem competência para interpretar e aplicar a referida Carta. Curiosamente, após esta observação, o Tribunal retrocedeu ao afirmar «Todavia, o Tribunal também observa que os princípios plasmados na Carta da Criança, sobre os quais o ACERWC emitiu o seu parecer, se sobrepõem aos princípios previstos nas disposições da Carta e em outros instrumentos de direitos humanos referenciados pelos Peticionários».¹⁸ Por fim, o Tribunal sustentou que «de modo substancial, portanto, o Tribunal considera que o ACERWC se pronunciou sobre as mesmas questões que os Peticionários

além de assegurar o direito a recursos, incluindo reparações, e erradicar leis e políticas discriminatórias que dificultem o direito à educação no prazo de seis (6) meses.

viii. Ordenar ao Estado Demandado que apresente um relatório ao Tribunal no prazo de seis (6) meses a partir da data do julgamento, detalhando a implementação deste acórdão e das ordens consequentes.

ix. Ordenar ao Estado Demandado que publique o acórdão deste caso no sítio Web oficial do Ministério da Justiça, no prazo de dois (2) meses a partir da notificação da decisão.

[...]

xi. Ordenar qualquer outro ressarcimento ou medida que o Tribunal considere necessária.

¹⁶ Parágrafo 52 da Decisão.

¹⁷ Parágrafo 56 da Decisão.

¹⁸ *Id.*

apresentavam a este Tribunal»¹⁹ e concluiu que «o segundo critério foi preenchido», o que, conforme demonstrámos, é parcialmente verdade.

C. O Critério relativo à «existência de uma decisão inicial sobre o mérito da causa»

15. Quanto ao último critério, a existência de uma decisão anterior sobre o mérito, o Tribunal observou que «[...] o ACERWC, ‘como uma instituição juridicamente mandatada para apreciar o litígio a nível internacional’, emitiu uma decisão sobre o mérito». No entanto, embora seja verdade que o Tribunal constata que o ACERWC emitiu, de facto, a Decisão N.º 0012/Com/001/2019, esta é apenas uma recomendação que não representa uma decisão sobre o caso ou, nos termos do n.º 7 do Artigo 56.º da Carta, não «resolve» o caso na acepção do n.º 7 do Artigo 56.º da Carta, que é objecto da segunda parte da presente declaração de voto de vencida.

II. O ACERWC NÃO “RESOLVEU” O CASO

16. Após ter constatado que os três critérios de similaridades entre a petição n.º 042/2020 e a comunicação 001/2019 estão preenchidos,²⁰ o Tribunal, com base na Decisão n.º 0012/Com/001/2019 do ACERWC. O Tribunal constata que o ACERWC, especificamente no seu parágrafo 109 (efectivamente no parágrafo 105), que cita *in extenso* sem propor qualquer análise, conclui de forma peremptória que «a presente petição levanta questões que já foram resolvidas nos termos do n.º 7 do Artigo 56.º da Carta» e considera que este requisito de admissibilidade não foi preenchido. O Tribunal não se deu ao trabalho de comparar as questões tratadas pelo Comité com as suscitadas na

¹⁹ Parágrafo 58 da Decisão

²⁰ Parágrafo 60 do Acórdão: «Em suma, o Tribunal conclui que os critérios cumulativos estabelecidos nos casos *Gombert Jean-Claude Roger c. a República de Côte d’Ivoire* e *Dexter Eddie Johnson c. a República do Gana*, relativos ao requisito de admissibilidade previsto no n.º 7 do Artigo 56.º, foram preenchidos.»

Petição e, no mínimo, de se pronunciar sobre as questões mencionadas no ponto 14 supra, que não foram levantadas na Comunicação perante o Comité.

17. Na minha opinião, o caso não foi «resolvido» pelo ACERWC. Com efeito, o documento emitido pelo ACERWC, legalmente referido como «Decisão», e sem querer menosprezá-lo, é adoptado por um órgão que pode, na melhor das hipóteses, ser qualificado como um órgão parajudicial,²¹ com a mesma competência que a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos ou os órgãos de tratados das Nações Unidas.²² A «Decisão» do Comité não é vinculativa para o Estado Demandado. Limita-se a «recomendar» à República Unida da Tanzânia determinadas acções susceptíveis de pôr termo às violações da Carta dos Direitos e Bem-Estar da Criança. O verbo «recomendar» é expressamente utilizado na decisão do ACERWC, e é lamentável que o Tribunal não tenha discutido o estatuto jurídico da decisão do ACERWC. Na realidade, o parágrafo 109 da Decisão, «O ACERWC recomenda ao Estado Demandado [...]». Como é que pode, então, se considerar que o caso foi resolvido ou, por outras palavras, que é matéria transitada em julgado?

18. Como defendi na minha declaração de voto de vencida relativamente ao caso Dexter Eddie Johnson, apenas uma decisão de natureza judicial «resolve» um caso, ou seja, encerra o debate jurídico e ordena ao Estado que implemente certas medidas e acções que possam pôr termo às violações da lei constatadas. O mesmo aconteceu relativamente ao caso *Jean Claude Gombert*, que foi efectivamente resolvido pelo Tribunal de Justiça da CEDEAO.

²¹ No direito internacional, um órgão parajudicial é uma entidade que não é formalmente um tribunal.... Este termo refere-se a órgãos habilitados a receber reivindicações relacionadas a litígios, como as diversas comissões de peritos das Nações Unidas, o Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou, no continente africano, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão ADHP).

²² Comité para a Eliminação da Discriminação; Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Comité dos Direitos Humanos; Comité sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres; Comité contra a Tortura; Subcomité para Prevenção da Tortura; Comité dos Direitos da Criança; Comité para Protecção dos Direitos dos Trabalhadores Imigrantes; Comité sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Comité sobre Desaparecimentos Forçados.

19. Uma decisão judicial resolve o litígio, estabelecendo o direito e impondo ao Estado uma verdadeira obrigação legal de resultado²³ para pôr termo à violação. Em caso de incumprimento da decisão, o Estado comete um acto internacional ilícito, o que implica a sua responsabilidade internacional. No caso do ACERWC, a decisão é uma recomendação que apenas impõe ao Estado uma simples obrigação de meios,²⁴ que este deve certamente cumprir de boa fé, mas que não leva a que a sua responsabilidade internacional seja posta em causa.

20. Ao declarar a petição inadmissível com base no facto de o caso ter sido resolvido pelo ACERWC, o Tribunal deixou, infelizmente, de resolver várias questões relacionadas com o direito à educação, os direitos das mulheres, os direitos das crianças, a não-discriminação, entre outras, quando poderia ter conferido autoridade de caso julgado à importante decisão do ACERWC.

Venerando Juiz Rafaâ Ben Achour



²³ Na obrigação de resultado, o prestador de serviços não se compromete apenas a fazer o seu melhor para alcançar o resultado esperado, mas sim a fornecer ao credor um resultado preciso, concreto e determinado desde o início. Diferentemente da obrigação de meios, os meios utilizados pelo devedor para alcançar o resultado não são levados em consideração; apenas o resultado é relevante. A obrigação de resultado é mais rigorosa, não deixando espaço para dúvidas ou incertezas. O devedor tem controlo sobre os objectos, eventos ou pessoas sob sua responsabilidade.

²⁴ Nos termos de obrigação de meios, o devedor compromete-se a utilizar todos os meios ao seu alcance para dar efeito ao contrato. O devedor não está obrigado a atingir um resultado específico, mas promete tomar todas as medidas necessárias para dar cumprimento à sua obrigação contratual. Em suma, deve dar «o seu melhor».