

TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS

Acórdão do caso *Mulokozi Anatory c. Tanzânia* Petição N.º 057/2016, 5 de Setembro de 2023

Declaração de Voto de Vencida Conjunta dos Venerandos Juízes Blaise Tchikaya e Dumisa Ntsebeza

Introdução

I. Caso Mulokozi: a pena de morte não é solução

- A. O caso Mulokozi ilustra a futilidade jurídica e sociológica da pena de morte
- B. Irreversibilidade do movimento internacional contra a pena de morte

II. Uma abordagem «alternativista» da pena de morte

- A. Rejeição internacional da pena de morte insuficientemente expressa pelo Acórdão
- B. Rejeição da morte por enforcamento

Conclusão

Introdução

1. Na sua audiência que teve lugar em Arusha a 23 de Junho de 2023, o Tribunal apreciou o caso *Mulokozi Anatory c. República Unida da Tanzânia*.¹ Uma vez mais, a pena de morte esteve no centro da apreciação do caso. Dois Juízes, nomeadamente o Venerando Juiz Blaise Tchikaya e o Venerando Juiz Dumisa Ntsebeza, manifestaram o seu desacordo com a posição assumida pela maioria do Tribunal. A Declaração de Voto de Vencida tem como objecto pôr em causa tanto a base jurídica da pena de morte como a sua eficácia social. A pena de morte não é e nunca foi solução para comportamentos humanos desviantes. Foi assim que se tomou a iniciativa de elaborar a presente Declaração de Voto de Vencida conjunta, contrariando a posição maioritária dos Venerandos Juízes do Tribunal.

¹ACtHPR, *Mulokozi Anatory c. República Unida da Tanzânia*, Petição n.º 057/2016, 23 de Junho de 2023. Este processo estava entre os que já constavam da lista de processos do Tribunal. A 21 de Novembro de 2019, a Tanzânia depositou junto da União Africana um instrumento que retirava a Declaração que autorizava os indivíduos e as ONG a apresentarem casos ao Tribunal. A retirada da Declaração não teve qualquer influência nos processos pendentes, incluindo o presente processo.

2. Os infelizes Mulokozi Anatory e outros, de nacionalidade tanzaniana, foram detidos na conhecida Cadeia de Butimba (Região de Mwanza). Tendo sido julgado e condenado à morte por enforcamento por homicídio, O Sr. Mulokozi aguardava a execução da sentença proferida contra ele quando tomou a iniciativa de recorrer a este Tribunal. Alegou que o seu direito a um julgamento justo perante os tribunais nacionais tinha sido violado. Além disso, contestou perante este Tribunal o que considerou serem violações do direito à igualdade perante a lei e à igual protecção da lei, garantidos pelos n.ºs 1 e 2 do Artigo 3.º da Carta Africana. É digno de nota o facto de o Peticionário ter salientado que a sua dignidade, garantida pelo Artigo 5.º da mesma Carta, estava em causa.²

3. Este caso é semelhante a um caso já decidido pelo Tribunal, nomeadamente o caso Evodius de 26 de Fevereiro de 2021 *Mulokozi Anatory e Evodius Rutechura*³ - o já decidido - são dois casos históricos. São semelhantes em termos de factos controversos de homicídio em grupo, do processo, do Estado Demandado e da sanção penal: pena de morte por enforcamento.

4. No entanto, num Despacho sobre medidas cautelares datado de 18 de Novembro de 2016, o Tribunal tomou posição, solicitando ao Estado Demandado que suspendesse a execução da pena de morte, acrescentando que: «O Peticionário foi

²O Artigo 5.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos estipula o seguinte: «Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos». Assim, no rescaldo do fim da Segunda Guerra Mundial e da vitória dos povos livres sobre os regimes que tentavam escravizar e degradar a pessoa humana, certos Estados proclamaram mais uma vez que todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião ou crença, são dotados de direitos inalienáveis e sagrados. Este princípio está consagrado no Artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (10 de Dezembro de 1948). Numa evolução digna de nota, a França, em particular, fez da dignidade humana parte integrante do seu quadro jurídico. Notamos o seguinte: «O respeito pela dignidade da pessoa humana é uma das componentes da ordem pública» (CE, Ass., 27 de Outubro de 1995, Commune de Morsang-sur-Orge). v. em particular, Cival (Charles), *Égalité, c'est Justice!* ou *Question de vie ou de mort pour la dignité humaine*, Ed. Hachette, 2016, 50 p.; Sobze (S.), *La dignité humaine dans l'ordre juridique africain*, Ed. Universitaires européennes, 2018, 618 p.

³ ACtHPR, *Evodius Rutechura c. Tanzânia*, 26 de Fevereiro de 2021. O Peticionário é um cidadão tanzaniano condenado à morte por enforcamento por homicídio. Contestou o processo e, em última análise, a sentença que lhe foi aplicada. Na Parte Dispositiva do Acórdão, o Tribunal considerou correctamente que o Estado Demandado não violou o Artigo 7.º da Carta no que diz respeito à forma como as provas foram avaliadas; nem violou o direito à assistência judiciária gratuita a que o Peticionário tinha direito. Embora apoiemos a sua decisão, teria sido desejável que o Tribunal tomasse uma posição sobre a questão da pena de morte, que foi o tema subjacente ao Acórdão. Teria sido uma desejável extensão do seu poder pretoriano, neste caso de importância crucial.

condenado à pena capital e o pedido parece revelar uma situação de extrema gravidade, bem como um risco de danos irreparáveis para ele». Isto já é um reconhecimento da «extrema gravidade» do caso⁴.

5. O Tribunal resolveu rapidamente as questões de competência e de admissibilidade desta Petição. Isto foi feito com base em fundamentos que reforçaram a capacidade do Tribunal de «tomar em mãos» todo o litígio, exercendo uma espécie de jurisdição plena. A Decisão refere que o Peticionário alega:

«uma violação das disposições da Carta, em particular dos n.ºs 1 e 2 do Artigo 3.º sobre o direito à igualdade perante a lei e igual protecção da lei, do Artigo 5.º sobre o direito à dignidade e do Artigo 7.º sobre o direito a um julgamento justo. O Tribunal observa que estes direitos são protegidos pela Carta e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no qual o Estado Demandado é parte».

6. Não é por acaso que o Pacto é mencionado na fundamentação do Acórdão. O facto de ser mencionado pressupõe que os princípios do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no qual o Estado Demandado é parte, são invocados. Muitas das suas disposições são relevantes e aplicáveis ao caso em apreço. Deve-se recordar que o Pacto de 1966 inclui actualmente Protocolos, nomeadamente os de 16 de Dezembro de 1966 e de 15 de Dezembro de 1989, que proíbem a pena de morte.

7. Os autores do presente parecer consideram que a pena de morte não é (I) nem uma solução nem uma opção para as crises das relações sociais. Também não foi uma solução no caso *Mulokozi*. (II) Além disso, tal como em casos anteriores de natureza semelhante⁵, o Tribunal adoptou uma posição que foi agora banida do direito das nações.

I. Caso Mulokozi: a pena de morte não é solução

⁴ACtHPR, *Mulokozi Anatory c. Tanzânia*, Despacho de 18 de Novembro de 2016.

⁵Inúmeras decisões, v. Individual Op. anexado à Decisão *Ally Rajabu et al.* de 2019, redigida pelos Venerandos Juízes Bensaoula Chafika e B. Tchikaya; e em particular ACtHPR, *Marthine Christian Msuguri; Ghati Mwita; Igola Iguna*; 1 de Dezembro de 2022.

8. É conhecida esta reflexão de Mahatma Gandhi: «Olho por olho, cega-se o mundo inteiro»; esta sentença capta adequadamente as contradições da pena de morte, incluindo as várias formas que esta pode assumir para ser aceite. O facto de certos crimes implicarem a aplicação obrigatória da pena de morte já foi criticado, tal como é prática no Estado Demandado.⁶ Assim, este caso era um terreno de litígio familiar para o Tribunal.

A. O caso *Mulokozi c. Tanzânia ilustra a futilidade jurídica e sociológica da pena de morte*

9. Poder-se-ia perguntar se a aplicação da pena capital tem alguma relação com os actos criminosos desprezíveis pelos quais é aplicada.

O objectivo de tal investigação é determinar se as sentenças penais constituem uma solução para o crime e, por extensão, avaliar o seu valor dissuasor. Um exemplo disso é o caso *Anatory Mulokozi*. O Sr. Mukolozi, juntamente com dois outros cúmplices, Batula William e "Mwarabu de Mwanza", foram acusados do terrível assassinio de Shukuru Teleshphory, a 17 de Janeiro de 2010, na região de Kagera. A vítima foi atacada, atingida na nuca com uma barra de ferro e no estômago com um pau. O seu corpo foi depois mutilado, tendo-lhe sido cortada a língua, as orelhas e os órgãos genitais⁷.

10. Na Mesopotâmia, cujo apogeu se estendeu até aos primeiros séculos da nossa era⁸, o recurso à pena de morte era já generalizado, segundo a doutrina da *lex talionis*, consubstanciada no princípio «olho por olho, dente por dente», segundo o qual os desviantes eram obrigados a sofrer um dano idêntico ao que tinham causado. Esta lei de retaliação é encorajada por muitas escrituras. Sem citar textos corânicos, a Bíblia cristã não é omissa sobre o assunto:

⁶*Ally Rajabu e Outros c. Tanzânia* (Mérito da causa e reparações), § 98 e *Gozbert Hererico c. Tanzânia* (Mérito e reparações) §§ 149-150.

⁷ACtHPR, Acórdão no caso *Mulokozi Anatory c. Tanzânia*, § 3.

⁸Grandpierre (V.), *Histoire de la Mésopotamie*, Paris, Gallimard, coll. "Folio Histoire no 175", 2010, 544 p.; Thomas (A.) (dir.), *L'histoire commence en Mésopotamie*, Gand et Lens, Snoeck et Louvre-Lens, 2018, 448 p.

«Se alguém derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o seu sangue, porque Deus fez o homem à sua imagem».

11. Os movimentos abolicionistas constataram, tal como expresso na actual legislação das Nações Unidas que, desde os primórdios da civilização humana, a pena de morte nunca foi comprovadamente eficaz⁹. Faltam informações fiáveis sobre o assunto. Esta situação é ainda alimentada por um manifesto equívoco de que a abundância de execuções públicas erradicará a criminalidade. Esta tentação, para a qual não existe qualquer prova, é dominante em vários regimes e governos. O regime do Apartheid na África do Sul foi um exemplo desta posição.

12. Pessoas inocentes pagam um preço muito elevado. Conhecemos o carácter injusto e discriminatório dos julgamentos, muitas vezes sem advogados, nas várias fases do processo judicial. A capacidade da pena de morte para melhorar as relações sociais é também questionável. É sabido que não há execuções efectuadas no Estado Demandado desde 1994. No entanto, pessoas são regularmente condenadas à morte. Não faz sentido manter tal pena.

13. Em todo o caso, a posição adoptada pela comunidade internacional contra a pena de morte é no mínimo, neste momento, irreversível.

B) Irreversibilidade do movimento internacional contra a pena de morte

14. A fragilidade e a vulnerabilidade da espécie humana exigem um aprofundamento dos quadros de protecção e preservação. Surgiu um movimento irreversível contra a pena de morte. Esta já é ilegal à luz do actual direito internacional.¹⁰

⁹ De acordo com o Relatório Anual da Amnistia Internacional sobre a Pena de Morte de 2023, registou-se em 2022 um aumento acentuado do número de execuções no mundo. No ano passado, pelo menos 883 pessoas foram executadas em 20 países do mundo. Ou seja, mais 53% do que em 2021. O forte aumento das execuções deveu-se principalmente ao aumento significativo registado na região do Médio Oriente e do Norte de África, com 93% das execuções globais conhecidas (excluindo a China). É evidente que a pena de morte não reduziu a criminalidade a nível mundial. Pelo contrário, a criminalidade tornou-se mais diversificada.

¹⁰v. Um livro instrutivo de Mbata Mangu (B.), *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique (Études africaines)*, Ed. L'Harmatan, 2011, 202 p.

15. Recorde-se que, no seu *Parecer Consultivo de 1996 sobre a legalidade das armas nucleares*¹¹, o Tribunal Internacional de Justiça qualificou um grande número de normas de direito humanitário aplicáveis em conflitos armados como «princípios intransgressíveis do direito internacional consuetudinário», cujo objectivo, como sabemos, é proibir a tortura. O mesmo se poderá aplicar aos tratamentos desumanos e degradantes.¹²

16. Existe a tentação de utilizar como pretexto a não ratificação ou assinatura de tratados internacionais contra a pena de morte. O Tribunal Internacional de Justiça é bastante reservado quanto às liberdades que os Estados, sob este pretexto, tomam em relação aos direitos fundamentais. No processo *North Sea Continental Shelf*,¹³ o Tribunal indicou que o argumento dos Países Baixos e da Dinamarca só poderia ser aceite se o comportamento da República Federal da Alemanha fosse «muito definido, muito coerente», mas que, mesmo nesta hipótese, a posição alemã deve ser examinada mais aprofundadamente, perguntando especificamente por que razão não ratificou a Convenção (§ 28), ou seja, não realizou os actos unilaterais (ratificação, adesão, etc.) exigidos pelo regime da Convenção para que esta seja aplicável. O TIJ sustentou ainda que «o cumprimento de certas formalidades prescritas (ratificação, adesão)» não tinha sido alcançado e que «não se pode presumir levianamente que um Estado que não cumpriu essas formalidades, embora em todos os momentos com plena capacidade e direito de o fazer, tenha, no entanto, de alguma forma, ficado vinculado de outra forma». Esta análise aplica-se, *a fortiori*, em casos específicos, a todas as disposições das convenções que protegem os direitos humanos ou os direitos fundamentais. Com efeito, não é apenas a ratificação de uma convenção que é vinculativa, mesmo que seja esse o sentido do *Res inter alios acta* (direito dos tratados). Muitas outras circunstâncias podem vincular terceiros, mesmo que não sejam partes na Convenção.

¹¹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (UN and WHO), Advisory Opinion, 8 July 1996: P. H. F. Bekker, AJIL 1997, p. 126; c. Coussirat-Coustère, AFDI 1996, p. 337; G. Kohen, JEDI, 1997, p. 336 See also CDH, Kindler c. Canada, 30/07/1993, RUDH 1994.

¹² Declaração de Voto de Vencida, B. Tchikaya, *Evodius Rutechura c. Tanzânia*, 26 Fevereiro de 2021, Petição n.º 004/2016, § 41.

¹³ ICJ, *North Sea Continental Shelf, Denmark and Netherlands v. FRG*, February 20, 1969: F. Eustache (F.), RGDIP, 1970, p. 590; Lang (J.), LGDJ, 1970, 169 p.; Marck (J.), RBDI, 1970, p. 44; Monconduit (F.), AFDI, 1969, p. 213.

17. Uma convenção que proíbe a pena de morte pode ser vinculativa para um Estado, mesmo que este não a tenha ratificado. A ratificação é apenas uma das formas de aplicação das convenções. Uma convenção pode ser aplicada por razões objectivas relacionadas com o conteúdo do seu texto. É um princípio aplicável *erga omnes* que, enquanto os Estados forem sujeitos fundamentais da comunidade internacional, devem respeitar os princípios que protegem a natureza humana e os seus direitos¹⁴.

18. O Conselho dos Direitos do Homem exprime esta irreversibilidade de uma forma diferente. Reconhece que a maioria dos Estados-Membros está a avançar para a abolição da pena de morte. «Os Estados estão a desenvolver o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos», afirmou o Conselho¹⁵. A decisão do Tribunal é uma reminiscência das suas outras decisões sobre a pena de morte, nomeadamente no caso *Evodius Rutechura*¹⁶, em que foi deplorada a incapacidade do Tribunal de aplicar plenamente o direito internacional em matéria de direitos humanos.

19. Vale a pena aprofundar a análise da posição do Tribunal. Nas posições que assume actualmente, o Tribunal parece adoptar uma posição alternativista, na medida em que alterna as suas decisões em função dos sistemas nacionais.

II. A posição «alternativista» em matéria de pena de morte já está ultrapassada

20. No centro da sua decisão, no parágrafo 75 do Acórdão, encontra-se a estrutura do raciocínio do Tribunal, que constitui o objecto fundamental da presente Declaração.

¹⁴ O parecer do Tribunal Internacional de Justiça sobre a Convenção sobre o Genocídio vai neste sentido (Reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 9 de Dezembro de 1948: CIJ, parecer consultivo, 28 de maio de 1951, Rec. 1951, p. 496). Uma reserva feita por um Estado não pode ser contrária aos objectivos fundamentais da convenção em questão, nem prejudicar os grandes princípios do direito internacional.

¹⁵ UNHRC, *Pratt e Morgan c. Jamaica*, 6 de Abril de 1989.

¹⁶ ACtHPR, *Evodius Rutechura c. Tanzânia*, 26 de Fevereiro de 2021: O Peticionário é um cidadão tanzaniano condenado à morte por enforcamento por homicídio. Contestou o processo e, em última análise, a sentença que lhe foi aplicada. Na Parte Dispositiva do Acórdão, o Tribunal considerou correctamente que o Estado Demandado não violou o Artigo 7.º da Carta no que diz respeito à forma como as provas foram avaliadas; nem violou o direito à assistência judiciária gratuita a que o Peticionário tinha direito. Embora apoiemos a sua decisão, teria sido desejável que o Tribunal tomasse uma posição sobre a questão da pena de morte, que foi o tema subjacente ao Acórdão. Teria sido uma desejável extensão do seu poder pretoriano, neste caso de importância crucial.

Como já foi referido, o mesmo raciocínio serviu de base aos Acórdãos anteriores¹⁷. Mais uma vez, referimo-nos à rejeição internacional da pena de morte e à particularidade do Acórdão, na medida em que utiliza um método de execução também proibido pelo direito internacional dos direitos humanos.

A. Rejeição internacional da pena de morte insuficientemente expressa pelo Acórdão

21. A abordagem que o Tribunal faz do regime jurídico aplicável à pena de morte alterna entre a consideração da posição nacional e a natureza da pena (obrigatória ou não). Esta abordagem alternativista, que actua ao sabor da vontade dos Estados, é contrária ao senso comum¹⁸. Considera que a pena de morte é juridicamente válida pelo simples facto de o Estado a ter integrado no seu sistema jurídico. É evidente que isto é redutor, pois a jurisprudência do Tribunal será então alternativa e não constante. Será inconsistente e não seguirá, tal como está, uma linha clara que proscruva e rejeite a pena de morte.

22. Deve-se reiterar que o Estado não pode subjugar a nação à sua concepção penal mortificante do direito à vida humana. Deveria aceitar a tendência global para a abolição¹⁹. Com efeito, o Tribunal afirmou o seguinte:

«O Peticionário foi condenado por homicídio e sentenciado à morte por enforcamento. Na sua jurisprudência, o Tribunal reconhece as tendências globais para a abolição da pena de morte, materializadas,

¹⁷ACtHPR, *Ghati Mwita c. Tanzânia*, 1 de Dezembro de 2022 (mérito e reparações), §§ 64 a 66; *Amini Juma c. Tanzânia*, 30 de Setembro de 2022, § 122 e ver *Ally Rajabu e Outros c. República Unida da Tanzânia*, ACtHPR, Acórdão de 28 de Novembro de 2019, § 96.

¹⁸Isso daria a impressão de que o Estado deixaria de aplicar a pena de morte até ao momento em que o soberano a aceitasse fora do direito internacional; ou que a aplicação não obrigatória da pena de morte, por oposição à aplicação obrigatória da pena de morte, é válida. Isto seria uma heresia. O facto, porém, é que nada sobre a pena de morte é aceitável.

¹⁹Deve-se lembrar que o Estado é livre de aplicar protocolos abolicionistas, mesmo sem ratificação formal. Tanto o Direito Internacional Consuetudinário como a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados deixam os Estados inteiramente livres para adoptarem o procedimento da sua escolha para expressar a sua adesão a uma prática dos tratados. Ver em particular o CIJ, 10 de Outubro. 2002, *Fronteira Camarões-Nigéria*, Reg. 2002, § 264.

em parte, pela adopção do Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos». ²⁰

23. Este facto levanta a questão de saber se o Tribunal retirou quaisquer consequências jurídicas desta campanha mundial contra a pena de morte. Até à data, as consequências retiradas são praticamente nulas. Nesta Decisão do caso *Mulokozi*, o Tribunal recusa-se - como fez no passado - a tirar conclusões sob o pretexto de que os regimes nacionais são susceptíveis de aplicar a pena de morte. No parágrafo 75, afirma - acima citado - o seguinte:

A pena de morte continua a constar nas legislações de alguns Estados e nenhum tratado sobre a abolição da pena de morte foi objecto de ratificação universal. ²¹ No que diz respeito ao Segundo Protocolo Facultativo ao PIDCP, o Tribunal observa que, a 28 de Junho de 2023, 90 dos 173 Estados Partes no Pacto o ratificaram.

24. O Tribunal adoptou a mesma posição na sua jurisprudência de 2019, no caso *Rajabu et al.* ²² No referido caso, o Tribunal considerou que:

«... embora o Artigo 4.º da Carta preveja a inviolabilidade da vida, a Carta contempla a sua privação, desde que tal não seja feito de forma arbitrária. Implicitamente, a pena de morte é admissível como uma excepção ao direito à vida previsto no Artigo 4.º, desde que não seja imposta de forma arbitrária».

25. Esta ideia de «admissibilidade da pena de morte», que supostamente se baseia no sistema nacional (através de uma lei interna) ou é obrigatoriamente imposta em certas infracções ditas graves (aplicação obrigatória da pena de morte), está em contradição com a evolução do Direito das nações. Numa época de interconexão

²⁰O Estado Demandado não é parte no Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Note-se que, a 15 de Dezembro de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou a 9.ª Resolução que apela a uma moratória sobre a pena de morte.

²¹Para uma Declaração abrangente sobre os desenvolvimentos em relação à pena de morte, ver Moratória da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o uso da pena de morte - Relatório do Secretário-Geral de 8 de Agosto de 2022.

²² ACtHPR, *Rajabu e outros v. Tanzânia*, 2019, § 98.

global em matéria de direitos humanos, é inaceitável que uma ilha de Estados imponha a sua vontade aos restantes Estados que defendem a vida. É inaceitável que algumas pessoas sejam privadas de um direito tão fundamental.

26. É em nome desse direito que certos Estados aplicam uma nova política mais favorável à protecção da vida. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos está a seguir esse caminho. Recusa a extradição de uma pessoa sob a jurisdição de um Estado membro, se essa pessoa correr o risco de ser condenada à morte no país em causa. Em todo o caso, as condições que rodeiam a morte por execução são contrárias aos direitos humanos. Estas incluem a síndrome do corredor da morte, a ansiedade, os tempos de espera, entre outros. Não existe uma boa «pena de morte», nem uma pena de morte que seja humana, como ilustrado no famoso caso *Soering c. Reino Unido*, em 1989.²³ Desde então, a jurisprudência evoluiu e tornou-se automática.

27. O princípio de proibição da pena de morte foi internacionalizado.²⁴ Os Juízes aplicam-no como um princípio que deve ser reconhecido por todos os Estados, independentemente do caso em apreciação. No seu parecer favorável no caso *Soering c. Reino Unido*, o juiz De Meyer declarou o seguinte:

²³ No seu Acórdão do caso *Soering c. Reino Unido* de 7 de Julho de 1989, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu pela primeira vez que um Estado era responsável pelo afastamento de uma pessoa em risco de maus-tratos do seu país de acolhimento. A violação do Artigo 3.º da Convenção (proibição da tortura e dos tratos desumanos ou degradantes) seria ocasionada em caso de extradição para os Estados Unidos devido a um risco real de tratamento que exceda o limiar de gravidade fixado pelo artigo 3.º); Herran (Thomas), «L'emprise de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'entraide répressive internationale», in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2013/4, pp. 735-758; v. Coussirat-Coustère (V.), *Jurisprudence of the European Court of Human Rights* 1989, 1990 e 1991; AFDI, 1991. pp. 581-616.

²⁴Do ponto de vista da lei aplicável, o Artigo 3.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de Dezembro de 1948) estabelece o seguinte: «Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal»; O Pacto n.º 2 sobre os Direitos Civis e Políticos confirma-o no Artigo 6.º: «Toda a pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Este direito será protegido pela lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua vida». O Artigo 1º do seu *Segundo Protocolo Facultativo*, que visa a abolição da pena de morte, prevê o seguinte: «Ninguém, dentro da jurisdição de um Estado Parte no presente Protocolo, poderá ser executado. Cada Estado Parte adoptará todas as medidas necessárias para abolir a pena de morte no território sob a sua jurisdição. O *Décimo Terceiro Protocolo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, no seu Artigo 1.º, conclui que: «A pena de morte será abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado». O Protocolo n.º 13 suprime a pena de morte em todas as circunstâncias. A Decisão no caso *Mulokozi e al. c. Tanzânia* não está, por conseguinte, em conformidade com a prática internacional actual.

«A questão principal neste caso não é “a perspectiva de a pessoa em causa ser exposta” à “síndrome do corredor da morte”, mas o simples facto de que a extradição colocaria a sua vida em perigo».

28. Seria míope ou redutor considerar que a internacionalização ou a universalização dos grandes direitos decorre exclusivamente da ratificação de convenções pelas Autoridades nacionais. O Regime internacional da navegação fluvial e marítima nunca esteve sujeito ao acordo dos soberanos nacionais. Todavia, é amplamente reconhecido no direito dos tratados que alguns destes regimes internacionais podem ser objectivos sem qualquer reconhecimento nacional. O reconhecimento da primazia da vida parece ser um dever da humanidade.

29. O Tribunal não deve continuar a deixar a aplicação da pena de morte ao critério das Autoridades nacionais, como continua a o fazer no caso *Mulokozi*:

«Tendo em conta o Artigo 4.º da Carta e a evolução mais geral do direito internacional em matéria de pena de morte (...) e dado que as circunstâncias em que a pena de morte pode ser adequada não podem ser qualificadas com exactidão, a definição dos crimes que justificam a aplicação da pena de morte deve ser deixada ao critério dos tribunais nacionais, numa base casuística»²⁵.

30. Nos § 77 e 78, o Tribunal desenvolve esta abordagem, que a presente Declaração de Voto de Vencida não apoia. Em particular, considera que o Peticionário foi:

«...julgado, condenado e sentenciado de acordo com as normas internacionais de direitos humanos por uma infracção que foi criminalizada ao abrigo das leis nacionais. Também lhe foram dadas todas as garantias para assegurar um julgamento justo. Como tal, não há razão para questionar os fundamentos das decisões dos tribunais nacionais.»

²⁵ ACTHPR, *Mulokozi c. Tanzânia*, *Op. cit.*, § 76.

31. Infelizmente, o Tribunal decidiu considerar que o Estado Demandado não violou o direito à dignidade garantido pelo Artigo 5 da Carta.²⁶ Declarou que:

«A proibição da violação da dignidade através de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes é, por conseguinte, absoluta. [...] a referida proibição é interpretada no sentido de proporcionar a mais ampla protecção possível contra os maus tratos físicos ou psicológicos. Por último, o sofrimento pessoal e a lesão da dignidade podem assumir várias formas (...).²⁷»

32. Tal como acima salientado, não foi estabelecida qualquer violação do direito ao respeito pela dignidade, devido à pena de morte.

33. Nos casos anteriores²⁸, foi recordado que o direito internacional proíbe a pena de morte e rejeita-a em todas as suas formas.²⁹ Já abolicionista, a Comunidade internacional adoptou ao mesmo tempo, em Dezembro de 2022, a Resolução A/RES/77/222 para uma moratória universal sobre a aplicação da pena de morte. Esta adopção feita a 15 de Dezembro de 2022 pela Assembleia Geral da ONU não teve o impacto desejado a nível interno.

34. Em todo o caso, é juridicamente inadmissível e anacrónico impedir a vontade global de pôr fim à pena de morte com idiosincrasias nacionais. O Sr. Ban Ki-Moon aprendeu isso da maneira mais difícil. No dia da sua tomada de posse como Secretário-Geral das Nações Unidas, declarou (a propósito do enforcamento do ditador iraquiano Saddam Hussein) que a pena capital era um assunto da competência de cada Estado soberano, suspendendo assim, de forma inepta, a posição doutrinária da ONU sobre a matéria. Teve muita dificuldade em recuperar o brilho perdido com a sua declaração.

²⁶*Op. cit.*, § 71.

²⁷ACtHPR, *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzânia*, 28 de Março de 2019, § 88.

²⁸v. Declaração de Voto de Vencida no âmbito do ACtHPR, *Thomas Mgira c. Tanzânia; Umalo Mussa c. Tanzânia*, 13 de Junho de 2023;

²⁹Bachelet (O.), *Le droit de choisir sa mort: les ambiguïtés de la Cour de Strasbourg*, *Revue internationale de droit pénal*, 2011, n.º 1-2, pp. 109-127.

35. Ao apresentar as suas conclusões e recomendações, o Relator Especial da ONU afirmou o seguinte:

«Mesmo que ainda esteja em curso a criação de uma norma consuetudinária que considere a pena de morte como sendo *per se* contrária à proibição da tortura e de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a maior parte das condições em que a pena capital é efectivamente aplicada torna-a equivalente à tortura. Em muitas outras condições, menos graves, continua a constituir um tratamento cruel, desumano ou degradante.»³⁰

36. Por último, poder-se-á questionar a relevância dos desenvolvimentos do Tribunal nos § 61 a 66 da Decisão. Na sua fundamentação, o Tribunal sustenta que:

«... a alegação não tem fundamento, uma vez que o Peticionário não conseguiu demonstrar de que forma o seu direito à igualdade perante a lei e à igual protecção da lei foi violado».

37. Se considerarmos que o objectivo judicial do Peticionário é contestar a sentença como sendo contrária ao direito internacional dos direitos humanos, parece insuficiente examinar as suas alegações sob a autoridade do direito interno. O Tribunal rejeita a alegação do Peticionário de que o Estado Demandado violou os n.ºs 1 e 2 do Artigo 3.º da Carta que se refere à violação do direito do Peticionário à igualdade e à protecção igual da lei.

38. Apenas a pena de morte por enforcamento imposta ao Sr. Mulokozi é discutida, e não a pena de morte em si, embora a sua validade jurídica seja contestada ao abrigo do direito internacional. Foi o direito internacional que teve de prevalecer, em vez do direito interno. Este facto está em conformidade com o princípio de conformidade do direito repressivo nacional com o direito internacional.

³⁰ONU, Relatório provisório do Relator Especial sobre a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Resolução 66/150 da Assembleia Geral, A/67/150, 9 de Agosto de 2012.

39. Por último, o Tribunal parece atribuir validade à pena de morte no § 76, na medida em que afirma que:

«Tendo em conta o enquadramento do artigo 4.º da Carta e a evolução mais ampla do direito internacional em matéria de pena de morte, o Tribunal considerou que este tipo de punição deve ser excecionalmente reservado apenas para os crimes mais hediondos cometidos em circunstâncias seriamente agravantes.»

40. A conclusão do Tribunal ao manter a pena de morte é, no mínimo, deplorável.

41. A sentença proferida no caso em apreço comporta claramente um certo número de violações. Estas violações estendem-se mesmo ao método de execução apoiado pelo Tribunal, que é a morte por enforcamento.

B. Rejeição da morte por enforcamento

42. Por outro lado, o caso *Mulokozi* tem uma peculiaridade criminal, não sendo a menor delas o facto de o Sr. Mulokozi Anatory ter sido julgado e condenado à morte por enforcamento por homicídio. O Tribunal observou que o Peticionário:

«não alegou a violação do direito à vida, foi considerado culpado de homicídio e condenado à morte por enforcamento»³¹.

43. Mais uma vez, esta questão merece um esclarecimento por parte do Tribunal. O Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos considerou, de forma correcta, que a proibição de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes era uma disposição fundamental do direito internacional em matéria de direitos humanos. As

³¹ ACtHPR, *Mulotozi e outros c. Tanzânia*, § 75.

execuções por enforcamento apresentavam falhas graves que tornavam a sua aplicação equivalente a penas cruéis, desumanas e degradantes.³²

44. A questão pode ser considerada em duas perspectivas: a primeira procura eliminar uma ambiguidade. O Tribunal parece dar peso à alegação do Peticionário sem qualquer razão séria no que diz respeito ao direito à vida. É claramente reconhecido que uma violação desta natureza é suscitada *ex officio* pelo Magistrado dos direitos humanos. A segunda perspectiva não está muito distante da primeira; o Tribunal deveria ter suscitado o enforcamento como uma violação grave dos direitos humanos por sua própria iniciativa.³³

45. O Tribunal tem uma base sólida no Artigo 27.º do Protocolo, que estabelece o seguinte:

«Se o Tribunal concluir que houve violação de direitos humanos ou dos povos, o Tribunal irá emitir Despachos apropriados ordenando o ressarcimento da violação, incluindo o pagamento de compensações ou indemnizações justas».

46. Estas disposições introduzem um poder de jurisdição plena. O Juiz tem o direito de utilizar todos os meios legais para qualificar e obter reparação por qualquer violação dos direitos pessoais. Quando se verifica uma violação, não é necessário que o Juiz faça uma alegação *expressis verbis* da violação, uma vez que esta lhe tenha sido submetida. Desde que o Juiz esteja em condições de o fazer, toma «as medidas adequadas» (Artigo 27.º).

³²ONU, Relatório provisório do Relator Especial sobre a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Resolução 66/150 da Assembleia Geral, A/67/150, 9 de Agosto de 2012.

³³ Esta abordagem, para além de ser induzida pelo Artigo 27.º do Protocolo, é bem conhecida do Tribunal. See *Mussa Zanzibar c. Tanzânia*, 26 de Fevereiro de 2021: «O Peticionário não invocou a violação de qualquer disposição específica da Carta. No entanto, o Tribunal observou que o Peticionário alega, de facto, uma violação do seu direito a um julgamento justo, garantido pelo Artigo 7.º da Carta».

47. É, pois, surpreendente que o Tribunal não tenha podido repudiar o enforcamento como uma das mais graves violações do Artigo 5.º da Carta, nas suas disposições precisas e protectoras da pessoa humana:

«Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e degradação do homem, particularmente a escravidão, o tráfico de escravos, a tortura, a punição ou tratamento cruel, desumano ou degradante são proibidas.»

48. Em termos de direitos humanos, o regime aplicável ao enforcamento é preciso: é considerado objecto de facto, desumano e degradante em direito. É esta a essência de uma decisão de 2010 do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (ECHR) em que duas Autoridades iraquianas que assassinaram soldados britânicos foram condenadas à morte por enforcamento. O Tribunal decidiu que o enforcamento constituía um tratamento desumano. O TEDH condenou o Reino Unido. O Tribunal decidiu que os dois queixosos tinham sido sujeitos a tratamentos desumanos e degradantes³⁴.

49. No caso Kigula, em 2009, apresentado ao Supremo Tribunal do Uganda, o Juiz Egonda Ntende, numa Declaração de Voto de Vencida, considerou os testemunhos dos peritos sobre este assunto horríveis e concluiu que várias práticas associadas ao enforcamento no Uganda, nomeadamente o facto de se bater ou arrancar a cabeça daqueles que não morriam instantaneamente, constituíam inquestionavelmente um tratamento cruel, desumano e degradante.³⁵

³⁴ A 31 de Dezembro de 2008, a Grã-Bretanha já tinha ignorado um pedido do TEDH para não entregar às autoridades iraquianas Faisal Hussain Al-Saadoon e Khalef Hussain Mufdhi, antigos dignitários sunitas do partido Baath, que tinham sido detidos no Iraque pelo exército britânico. Ver ECHR, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Reino Unido*, Acórdão de 2 de Março de 2010.

³⁵Supremo Tribunal do Uganda, Decisão no caso do Procurador-Geral c. Susan Kigula e 417 Outros, Recurso Constitucional n.º 3, 2006, 2009.

Conclusão

50. A decisão no caso *Mulokozi* situa-se na encruzilhada de duas violações que deveriam ter sido mais proeminentes na Parte Dispositiva do Acórdão do Tribunal: a violação da vida e o tratamento cruel, desumano e degradante que constitui a morte por enforcamento. Nesta decisão, o Tribunal, na nossa opinião, julgou insuficientemente a primeira violação, ignorando ao mesmo tempo a segunda. É por esta razão que apresentamos esta Declaração de Voto de Vencida, não podendo, lamentavelmente, concordar com a posição maioritária expressa pelos Venerandos Juízes.

51. Como disse um abolicionista, «é impossível reconhecer o poder da morte na justiça dos homens, porque eles sabem que essa justiça é falível.»³⁶ Ao apreciar a posição maioritária dos nossos Venerandos Colegas neste caso *Mulokozi Anatory*, tal como em casos anteriores, as mesmas questões merecem ser colocadas: (i) Como é possível compreender que este Tribunal mantenha a sua jurisprudência a tal ponto? e (ii) Como é possível que o Tribunal não estabeleça uma jurisprudência que melhor expresse, nas palavras do continente, a rejeição internacional da pena de morte?

Venerando Juiz Blaise Tchikaya 

Venerando Juiz Dumisa Ntsebeza 

Declaração emitida em Arusha, neste dia Cinco Mês de Setembro do ano Dois Mil e Vinte e Três nas línguas Inglesa e Francesa, fazendo fé o texto em Língua Francesa.



³⁶Badinter (R.), L'abolition de la peine de mort, *Assemblée nationale française*, 17 de Setembro de 1981.