

URBAN MKANDAWIRE c. A REPÚBLICA DO MALAWI

(PETIÇÃO INICIAL N.º 003/2011)

PARECER DIVERGENTE COMUM DOS VENERANDOS JUÍZES GÉRARD

NIYUNGEKO E EL HADJI GUISSÉ

1. No seu Acórdão de 21 de Junho de 2013 a respeito do processo de Urban Mkandawire c. a República do Malawi, o Tribunal concluiu *proprio motu* que a Petição não era admissível pelo facto de não terem sido exauridas as vias de solução locais. Lamentamos não podermos subscrever às conclusões extraídas pelo Tribunal quanto à não exaustão dos recursos do direito interno; o raciocínio e a postura do Tribunal no que diz respeito à sua competência temporal; bem como a estrutura do Acórdão no que respeita à competência do Tribunal e à admissibilidade da Petição.

I. Estrutura do Acórdão no que respeita à competência do Tribunal e à admissibilidade da Petição

2. No seu Acórdão, o Tribunal abordou de forma sucessiva as questões relativas à excepção preliminar a respeito da sua competência temporal suscitada pelo Estado Requerido (ponto 32); à excepção preliminar a respeito da inadmissibilidade da Petição derivada do facto de que a Petição tinha sido apresentada à Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (ponto 33); à competência do Tribunal nos termos do Protocolo; e, por último, à exaustão dos recursos do direito interno (pontos 35 a 38), que, mais uma vez, é uma questão que tem a ver com a admissibilidade da Petição. Ao fazê-lo, o Tribunal combinou a análise da competência do Tribunal com a análise da admissibilidade da Petição. Esta análise conjunta representa um problema e cria confusão entre as duas questões jurídicas.

3. Enquanto a competência diz respeito ao *Tribunal*, a admissibilidade diz respeito à *Petição*, e é evidente a necessidade de as duas questões serem tratadas separadamente, sem se misturarem. Quanto à ordem de apreciação destas questões, decorre claramente da prática geral passada do Tribunal, da lógica e do bom senso, bem como do Artigo 39.º do Regulamento, que o Tribunal deve, primeiro, determinar se tem ou não competência, antes de se pronunciar sobre a admissibilidade da Petição¹.
4. Na nossa opinião, relativamente ao caso em apreço, o Tribunal deveria ter, primeiro, examinado em separado todas as questões relativas à sua competência (tanto no que respeita à excepção preliminar quanto à sua jurisdição nos termos do Protocolo) e, depois, examinar todas as questões relativas à admissibilidade da Petição (tanto no que respeita à excepção preliminar quanto à exaustão dos recursos do direito interno). Isso só teria tornado o Acórdão mais explícito².

II. Determinação da competência jurisdicional em razão do tempo do Tribunal

5. Relativamente à competência do Tribunal, o Estado Requerido levantou a questão da competência temporal do Tribunal, tendo como fundamento o facto de a alegada violação dos Artigos 15.º e 17.º da Carta ter ocorrido antes da entrada em vigor, no que diz respeito ao Malawi, do Protocolo que institui o Tribunal, em 9 de Outubro de 2008. [Ponto 30 (2) do Acórdão].
6. O Tribunal descarta esta excepção tendo como base os fundamentos contidos na seguinte passagem:

«O Tribunal nota que a Carta entrou em vigor em 21 de Outubro de 1986 e o Requerido ratificou-a em 1989. O Tribunal é, por conseguinte, da opinião que, no momento da alegada violação dos

¹ Para mais detalhes, vide o Parecer Individual do Juiz Gérard Niyungeko, apenso à Decisão de 14 de Junho de 2013 a respeito do processo *Tanganyika Law Society & all. v. The United Republic of Tanzania*, pontos 2 a 7.

² No processo *Tanganyika Law Society & all. v. The United Republic of Tanzania* citado no parágrafo anterior, o Tribunal tratou das questões de forma diferente uma da outra, excepto que inverteu sem razão para tal, na nossa opinião, a ordem de tratamento, *idem*

direitos do Peticionário, em 1999, a Carta já vinculava o Requerido; este tinha o dever de proteger os direitos que o Peticionário alega terem sido violados. Além disso, o Tribunal observa que a causa do Peticionário é a de que a alegada violação dos seus direitos nos termos dos Artigos 7.º e 15.º ainda continua. Pelas razões acima expostas, a excepção preliminar suscitada pelo Requerido não pode surtir efeito». (ponto 32).

7. O primeiro argumento do Tribunal (a ratificação prévia da Carta) é incompreensível e confuso dentro do contexto da excepção específica suscitada pelo Requerido. Na verdade, considerando que a excepção do Estado Requerido tem como fundamento a *data de entrada em vigor do Protocolo* que cria o Tribunal no que a si diz respeito, o Tribunal responde invocando a *data de entrada em vigor da Carta*, que não constitui um problema para o Estado Requerido. E a conclusão do Tribunal sobre a entrada em vigor da Carta não é clara em relação ao argumento do Requerido quanto à não retroactividade do Protocolo³.

8. Na nossa opinião, o Tribunal deveria ter sido claro sobre esta questão e mostrar claramente que, mesmo que o Estado Requerido fosse já vinculado pela Carta, o Tribunal não tinha competência temporal em relação ao Estado Requerido, enquanto o Protocolo que lhe confere a jurisdição não tinha ainda entrado em vigor, excepto, evidentemente, em relação à alegação da contínua violação suscitada.

9. Quanto ao segundo fundamento suscitado pelo Tribunal (a continuação das violações alegadas), o Tribunal devia ter examinado estas alegações de forma minuciosa e, por fim, estabelecer uma distinção entre factos «momentâneos» e «contínuos» como o fez de maneira eloquente no contexto de um outro Acórdão proferido no mesmo dia relativo ao processo dos beneficiários do finado Norbert Zongo e outros c. o Burkina Faso⁴. Devia ter colocado a questão de se a alegada violação do Artigo 15.º da Carta (o despedimento do Requerente pela Universidade do Malawi) não tinha sido um acto «momentâneo» fora do âmbito da *competência temporal* do Tribunal e se, por sua vez, a alegada violação do Artigo 7.º da Carta (a maneira como as jurisdições locais trataram do assunto) não era um acto «contínuo» que se insere no âmbito da sua jurisdição temporal. Uma análise

³ O mesmo problema foi suscitado no caso *Tanganyika Law Society & all. v. The United Republic of Tanzania*, Acórdão de 14 de Junho de 2013. Vide o Parecer Individual do Juiz Gérard Niyungeko, pontos 8 a 17.

⁴ Decisão de 21 de Junho de 2013, ponto 63.

aprofundada destas questões teria possibilitado que o Tribunal chegasse a uma conclusão mais informada a respeito da sua *competência temporal*.

10. Na nossa opinião, o Tribunal perdeu, por conseguinte, uma oportunidade de fazer jurisprudência perfeitamente clara sobre uma questão que irá, provavelmente, ressurgir no futuro.

III. Exaustão dos recursos do direito interno

11. O problema mais grave suscitado pelo Acórdão do Tribunal, no entanto, é a sua abordagem e decisão a respeito da exaustão dos recursos do direito interno. Após uma sinopse de como os vários tribunais locais trataram a questão em diferentes ocasiões (pontos 21 a 28 e 37), o Tribunal conclui, em termos de substância, que o Requerente não exauriu as vias de solução internas porque não fundamentou o recurso que apresentou perante o Tribunal Superior contra uma decisão do Tribunal de Relações Laborais e que, assim sendo, não devia ter interpelado o Tribunal Supremo de Justiça se não estivesse satisfeito com a decisão do Tribunal Superior relativa à sua reivindicação de despedimento sem justa causa. (ponto 38).

12. Em primeiro lugar, importa notar que o Tribunal levantou esta questão *proprio motu* sem que o Estado Requerido tivesse suscitado uma exceção preliminar a este respeito. Pelo contrário, perante a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, segundo a Comissão, o Estado Requerido tinha anteriormente declarado que “*não contestava que o Peticionário tinha esgotado todos os recursos do direito interno disponíveis e que, na realidade, as suas denúncias perante os tribunais do Malawi tinham sido dados a devida atenção...*”⁵, a própria Comissão concluiu o exame da questão de exaustão dos recursos do direito interno nos seguintes termos:

⁵ Communication 357/2008 – Urban Mkandawire v. Republic of Malawi, Decision of the Commission, ponto 102.

«Portanto, o Estado Requerido não contesta o facto de que o autor da denúncia exauriu os recursos do direito interno. A este respeito, o Artigo 56.º (5) foi devidamente acatado»⁶

13. Não restam dúvidas de que o Tribunal tem poderes e até mesmo o dever, nos termos do Artigo 39.º do Requerimento, para examinar a admissibilidade de uma Petição mesmo que o Estado Requerido não tenha suscitado qualquer excepção preliminar para esse efeito. Porém, quando o próprio Estado Requerido, que se considera ter um bom domínio dos recursos disponíveis nos tribunais locais e que tem interesse em impugnar a admissibilidade da Petição, admite que tinham sido exauridas as vias de solução internas, quando a Comissão chega à mesma conclusão depois de analisar as circunstâncias em torno da matéria, o Tribunal precisa de ter motivos justificados fortes para contrariar essa postura comum e decretar que não foram esgotados os recursos do direito interno.

14. No Acórdão do Tribunal, esses motivos justificados não foram caracterizados. Está aqui um Requerente que interpelou o Tribunal Superior com a mesma matéria em três ocasiões (uma vez reunido como um tribunal constitucional), o Tribunal Supremo em três ocasiões, bem como o Tribunal de Relações Laborais e a conclusão é que não exauriu as soluções locais porque podia ter interposto recurso perante o mesmo Tribunal Superior e o mesmo Tribunal Supremo?

15. A subtil distinção a estabelecer entre a identificação de despedimento sem justa causa e a acção interposta como recurso pelo despedimento irregular, que o Tribunal examinou no seu ponto 38 (1), se válida e pertinente, não é tão importante quanto a impressão geral que se deriva do tratamento desta questão pelos tribunais locais e a aceitação, pelo Estado Requerido, de que foram exauridas as vias de solução internas. Nestas circunstâncias, tais subtilezas técnicas não deviam ter sido tomadas em consideração por um tribunal de direitos humanos como única base para a sua conclusão sobre uma questão tão grave como a admissibilidade da Petição.

⁶ Idem

16. Por último, parece-nos que o Tribunal, tendo tomado a iniciativa de examinar a questão de exaustão das vias de solução locais, devia tê-la analisado em todas as suas facetas e assegurar-se, em especial, de que os tribunais aos quais o Requerente estava a referir-se ainda estavam disponíveis e eram eficazes. No entanto, uma vez que o assunto não foi abordado pelas partes e nem o próprio Tribunal suscitou qualquer questão sobre a matéria, ninguém sabe, juridicamente falando, se é ainda possível o Requerente interpor recurso junto do Tribunal Superior. Seja como for, não há garantia de que este Tribunal será eficaz, em particular, dado o facto de o Tribunal Supremo de Justiça ter decidido, no seu Acórdão de 2007, que o princípio de *res judicata* seria aplicado em relação ao processo do Requerente que alega ter sido despedido sem justa causa⁷.

17. Por conseguinte, o Tribunal Africano tomou a sua decisão sem qualquer conhecimento da disponibilidade de outros meios de recurso nem do facto de que os mesmos eram ou não eficazes. Na nossa opinião, nestas circunstâncias, o Tribunal devia, nos termos do Artigo 41.º do Regulamento, ter solicitado a ambas as partes para fornecerem mais informações sobre o esgotamento das vias de solução locais e sobre a sua disponibilidade e eficácia. Ao não proceder dessa forma, o Tribunal assumiu o risco de tomar uma decisão numa base bastante periclitante.

18. Quanto a nós, somos da opinião que podia-se considerar que o Requerente exauriu as vias de solução internas conforme reconhecido pelo próprio Estado Requerido e tal como reconhecido pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos; por conseguinte, somos da opinião que a Petição é admissível.

19. Se o Tribunal tivesse chegado à mesma conclusão, teria tido a oportunidade de examinar os méritos da causa e tomar uma decisão sobre as alegadas violações que recaem dentro do âmbito da sua competência e pronunciar-se sobre a matéria. Na

⁷ Decisão de 11 de Outubro de 2007: «Vamos agora debruçar-mo-nos sobre o primeiro fundamento de recurso que é a rescisão do seu contrato de trabalho sem justa causa. Mediante a análise do acórdão deste Tribunal, proferido em 12 de Julho de 2004, que citamos anteriormente de forma parcial neste acórdão, estamos satisfeitos pelo facto de a questão para determinação e as partes no processo de recurso serem as mesmas. É muito evidente que este processo se insere numa definição clássica de **res judicata**».

presente situação, o Acórdão do Tribunal deixa lamentavelmente, na nossa opinião, a impressão de um processo não finalizado.

Ven. Juiz Gérard NIYUNGEKO

Ven. Juiz El Hadj GUISSÉ

Robert ENO

Escrivão