

Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos

Kennedy Gihana e

Outros c.

República do Ruanda

Petição N.º 017/2015

Declaração de Voto de Vencida Anexa ao Acórdão de 29/11/2019.

1. No Acórdão acima referido, do caso Kennedy Gihana e Outros c. República do Ruanda, não concordo com a Decisão da maioria dos juízes que declara a Petição admissível e rejeita, assim, a excepção de inadmissibilidade invocada pelo Estado Demandado, em relação ao não esgotamento das vias de recurso internas.
2. Apresento a seguir as razões da minha posição:
 - I. **Embora o tribunal tenha citado a sua abundante jurisprudência, bem como a da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos para fundamentar a sua Decisão, não fez qualquer esforço para responder à relevância da jurisprudência citada pelo Estado Demandado que, na minha opinião, tendo em conta os factos e as alegações expostos, é mais convincente, por um lado.**
3. Na sua jurisprudência reiterada em vários acórdãos¹, bem como no parágrafo 66 do presente Acórdão, o Tribunal adoptou a jurisprudência da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, que constata que a condição enunciada no artigo 56.º da Carta e no artigo 40.º do Regulamento, no seu n.º 5, relativa ao esgotamento dos recursos internos, «reforça a primazia dos tribunais nacionais sobre o Tribunal na protecção dos direitos humanos e visa, por conseguinte, dar aos Estados a possibilidade de resolver as violações de

¹ Petição n.º 006/12, *Comissão Africana dos Direitos do Homem c. República do Quénia*. Acórdão de 28 de Maio de 2017

direitos humanos cometidas no seu território, antes de se recorrer a um organismo internacional de protecção dos direitos humanos para determinar as responsabilidades dos Estados em tais violações.

4. Figura no Acórdão objecto da presente Declaração de voto de vencida que a Petição inicial foi apresentada ao Tribunal no dia 22/07/2015 e que os Peticionários fugiram do território do Estado Demandado para se instalarem na África do Sul.
5. A única referência temporal mencionada na Petição é 2012, ano em que os Peticionários tomaram conhecimento de que os seus nomes constavam de uma lista elaborada pelo Estado Demandado e, portanto, que eram afectados pela decisão de cancelamento dos seus passaportes.
6. Os Peticionários basearam as suas razões para não esgotar os recursos internos no facto de que não só os seus passaportes não eram válidos e, por conseguinte, não lhes permitindo viajar, como os recursos internos não eram eficazes e os tribunais ruandeses não eram independentes².
7. Com base nestas duas alegações, o Tribunal refugiou-se na sua jurisprudência e na da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos³ para sustentar que os Peticionários, no exílio, se encontravam numa situação que tornava os recursos internos impossíveis, indesejáveis, não óbvios e incertos, tendo em conta o perigo de vida que corriam. Concluiu que, «nestas circunstâncias, e tendo em conta os obstáculos encontrados pelos Peticionários no exercício das vias de recurso internas, o Tribunal concluiu que estas não estavam disponíveis para que os Peticionários as pudessem usar.»⁴

² Parágrafo 64 do Acórdão

³ Parágrafos 66 a 73 do Acórdão

⁴ Parágrafo 73

8. No entanto, os autos do processo informam que os Peticionários Kayumba e Stanley foram condenados respectivamente nos dias 14/01/2011 e 6 de Junho de 2009 e foram emitidos mandados de captura contra si a 19/1/2011 e 4/10/2012. Note-se que, nesta data, ambos já se encontravam no estrangeiro.
9. Quanto aos outros Peticionários, o Estado Demandado não forneceu quaisquer pormenores sobre eles e o Tribunal não ordenou qualquer investigação sobre os mesmos.
10. Decorre do objecto de litígio que os Peticionários alegam que os seus passaportes foram cancelados pelo Estado Demandado e, como prova, apontam uma carta em que os seus nomes figuram entre as pessoas cujos passaportes o Estado ordenou que fossem invalidados.
Sobre ao facto de não possuírem passaportes válidos e, por conseguinte, não poderem viajar
12. Nas suas alegações⁵, o Estado Demandado referiu-se a decisões da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos⁶ sobre a fundamentação subjacente à exigência de recursos internos, uma fundamentação frequentemente reiterada pelo Tribunal, que considera que se trata da «oportunidade dada ao Estado Demandado para remediar a situação através do seu próprio sistema nacional, o que impedirá a Comissão de desempenhar o papel de um tribunal de primeira instância, para antes ser um órgão de último recurso».
13. A Comissão considerou igualmente que, se um recurso tiver a mais pequena probabilidade de ser eficaz, o Peticionário deve procurá-lo ... e que alegar que

⁵ Documento 52 do Processo

⁶ Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Comunicação n.º 147/95, *Sir Dauda Diawara c. Gâmbia*

tais recursos internos têm poucas hipóteses de sucesso sem que se tente utilizá-los, tal não terá absolutamente nenhuma influência sobre a Comissão.⁷

14. Na mesma senda, no caso do Artigo 19.º c. Eritreia, o Tribunal concluiu «que cabe a cada queixoso tomar as medidas necessárias para esgotar ou, pelo menos, tentar esgotar os recursos internos»..... »

Sobre a alegação de que não podiam deslocar-se ao Ruanda porque os seus passaportes tinham sido cancelados

15. O Estado Demandado referiu-se a numerosos artigos da Lei Penal e do Código Processual para justificar o facto de que a lei não obrigava os Peticionários a estarem presentes nos tribunais; isto responde à alegação de que não podiam esgotar os recursos internos porque não podiam viajar para o Ruanda devido ao cancelamento arbitrário dos seus passaportes.
16. No que diz respeito à impossibilidade de os Peticionários esgotarem as vias de recurso internas por não poderem deslocar-se ao Ruanda, o Estado Demandado invoca as disposições do Código de Processo Civil, Comercial, Social e Administrativo, que estipula que, em cada tribunal de primeira instância, é interposto um pedido escrito ou verbal apresentado pelo próprio requerente, pelo seu advogado ou pelo seu procurador especial com procuração. Conclui que a lei não exige que as partes estejam presentes fisicamente. A isto o Estado Demandado acrescentou o artigo 334.º, que regula os recursos contra decisões administrativas, nos termos do qual os Peticionários tinham a possibilidade de apresentar um recurso, por si próprios ou através de um advogado, contra a pretensa decisão de cancelar os seus passaportes.
17. A este respeito, o Estado recordou que a Comissão Africana sublinhou em várias ocasiões que, nos casos em que as leis nacionais não exigem a presença física

⁷ Comunicação n.º 299/05, ACHPR 69; (25 de Maio de 2006).

do queixoso, este pode recorrer aos recursos existentes através do seu advogado, como aconteceu no caso *Obert Chihamo c. Zimbabwe*, em que concluiu «que não é necessário estar fisicamente presente no país para ter acesso aos recursos internos e o queixoso não pode, por conseguinte, alegar que os recursos internos não estavam disponíveis para si. Não foi feita qualquer tentativa de esgotar as vias de recurso internas e a Comissão não se deixará influenciar de forma alguma pelo facto de a vítima ter temido pela sua vida»⁸.

18. É óbvio que o objecto do litígio é o cancelamento dos passaportes dos Peticionários e que os recursos relativos a este tipo de litígios são da competência dos tribunais judiciais especializados em matéria de contencioso administrativo.
19. Ressalta do processo que os Peticionários fugiram do país e que não alegam ter sido deportados ou torturados.
20. É igualmente óbvio que o recurso ao contencioso administrativo não exige a deslocação dos Peticionários, tanto mais que a Lei ruandesa permite a representação;
21. Além disso, ficou demonstrado que, embora os Peticionários tenham vivido na África do Sul depois da sua fuga em 2015, nomearam um advogado sul-africano para os representar perante o Tribunal Africano.

Sobre a independência, a eficácia e a disponibilidade das vias de recurso

22. Para refutar as alegações dos Peticionários, o Estado Demandado recorre a uma vasta jurisprudência:

⁸ *Chinhamo c. Zimbabwe* (Comunicação n.º 307/2005), 2007 ACHPR 80; 28 de Novembro de 2007

- O processo *Ahorugeze c. Suécia*⁹, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu que «os tribunais ruandeses não só são eficazes e eficientes, como também cumprem as normas internacionais»;
- O processo Procurador c. Jean Uwikingi¹⁰, em que o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda considerou que «o quadro jurídico ruandês garante a independência e a imparcialidade do poder judicial. O artigo 140.º da Constituição do Ruanda estabelece que o poder judicial é independente e separado do poder legislativo e do poder executivo e goza de autonomia administrativa e financeira... »;
- O processo n.º 11-050224ENE-otir/01 onde se diz que «o tribunal foi da opinião de que, dada a reforma das leis e do sistema jurídico do Ruanda e a garantia do Ruanda de que Bandora teria um julgamento justo se fosse extraditado para o Ruanda, já não havia motivos para rejeitar o pedido»;

No processo *Leon Mugesera c. Ministro da Cidadania e da Emigração*, o Ministério da Segurança e da Protecção Civil ou o Tribunal Federal do Canadá concluiu «que os tribunais ruandeses são capazes de realizar um julgamento justo e dentro de um prazo razoável» e, por isso, indeferiu o pedido de Mugesera para a emissão de uma ordem contra a sua expulsão do Canadá.

23. O Tribunal não se pronunciou sobre toda esta jurisprudência.

- Com base em tudo o que se segue, verifica-se que o Tribunal, no seu Acórdão que deu origem à presente Declaração de voto de vencida, não respondeu aos fundamentos jurídicos invocados pelo Estado Demandado relativamente à excepção do esgotamento das vias de recurso internas, discutindo-os primeiro e, em seguida, contrapondo-os com fundamentos contrários. Desta forma, não cumpriu o dever de fundamentação dos seus acórdãos previsto no n.º 6 do artigo 28.º do Regulamento. A fundamentação não é apenas uma resposta às alegações dos Peticionários, mas também às do Estado Demandado, em

⁹ Petição n.º 37077/09, TEDH

¹⁰ Decisão de reenvio n.º ICTR 2001-75-r11 bis e Outros *Procurador c. Uwikingi*

particular no que diz respeito aos objectivos prosseguidos pela obrigação de utilizar os recursos internos.

24. Embora o Estado Demandado tenha apresentado uma vasta jurisprudência sobre a excepção invocada, o Tribunal não considerou útil responder-lhe, apesar de alguma da jurisprudência referida ser também a da Comissão Africana. A título de exemplo, refira-se a decisão da Comissão no processo *Anuak Justice Council c. Etiópia*, em que a Comissão afirmou que «se um recurso tiver a mais pequena probabilidade de ser eficaz, o Peticionário deve procurá-lo. Alegar que os recursos internos têm poucas hipóteses de sucesso sem que se tente utilizá-los, tal não terá absolutamente nenhuma influência sobre a Comissão.»
25. No caso Artigo 19.º c. Eritreia, a Comissão concluiu «que cabe a cada queixoso tomar as medidas necessárias para esgotar ou, pelo menos, tentar esgotar os recursos internos. Não basta que o queixoso ponha em dúvida a adequação das vias de recurso internas. Não basta que o queixoso ponha em causa a idoneidade das vias de recurso internas do Estado com base em incidentes».

II. Por outro lado, o Tribunal não teve em conta a sua apreciação de certas condições impostas pelos artigos ...56.º da Carta, 612.º do Protocolo e 40.º do Regulamento.

26. Por último, resulta do Acórdão acima referido que, após ter debatido as excepções apresentadas pelo Estado Demandado quanto à admissibilidade da Petição, o Tribunal não teve em conta as outras condições referidas nos parágrafos 4, 6 e 7, apesar de os artigos 56.º da Carta, 6.º (n.º 2) do Protocolo e 40.º do Regulamento o obrigarem a proceder a um exame preliminar da sua competência e das condições de admissibilidade previstas nos artigos 50.º e 56.º da Carta e 40.º do Regulamento.
27. Isto implica claramente que, por um lado, se as Partes suscitarem excepções às condições relativas à competência e à admissibilidade, o Tribunal deve examiná-las.

Se uma destas excepções se revelar fundada, o Tribunal decidirá em conformidade. Se, pelo contrário, nenhuma delas se revelar fundada, o Tribunal é obrigado a discutir os outros elementos não discutidos pelas Partes e a decidir em conformidade. Por outro lado, se as Partes não discutirem as condições, o Tribunal é obrigado a fazê-lo, seguindo a ordem prevista no artigo 56.º da Carta e no artigo 40.º do Regulamento.

28. No caso objecto da Declaração de voto de vencida, é evidente que, se o Estado Demandado invocou as excepções de inadmissibilidade citadas nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 40.º do Regulamento, o Tribunal respondeu-lhe nos parágrafos 39 a 74. Em contrapartida, não considerou oportuno discutir as outras condições de admissibilidade enunciadas nos n.ºs 4, 6 e 7 no seu parágrafo 75. Limitou-se a concluir que não havia qualquer contestação quanto ao seu cumprimento e que nada no processo indicava que essas condições não tivessem sido cumpridas, dando assim a impressão de que as condições enumeradas se sobrepunham umas às outras em importância ou finalidade, o que não corresponde de modo algum ao espírito dos artigos supracitados e à intenção do legislador.
29. Isto é tanto mais verdade que, no presente Acórdão, o Tribunal considerou que a Petição era admissível no que diz respeito às vias de recurso internas e não mencionou a instauração da Petição dentro dum prazo razoável.
30. Na minha opinião, esta abordagem é igualmente contrária ao n.º 6 do artigo 28.º do Regulamento e à obrigação do Tribunal de fundamentar os seus Acórdãos.

Bensaoula Chafika,

Juíza do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos

