

Processo *Kenedy Ivan contra c. República Unida da Tanzânia*

PROCESSO N.º 025/2016

Declaração de Voto do Venerando Juiz Blaise Tchikaya

1. O Tribunal Africano em Arusha foi solicitado a pronunciar-se, uma vez mais, sobre um caso de violação do art.º 7.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativamente ao direito a um julgamento imparcial. No caso vertente, *Kenedy Ivan c. Tanzânia*¹, manifestei o meu acordo com a parte dispositiva adoptada pelo Tribunal. O meu apoio decorre do facto de esta, na sua essência, reconhecer que o Estado Demandado não cumpriu as suas obrigações a este respeito e devia conceder uma indemnização ao Autor, excluindo a sua libertação².
2. O facto é que, sem originalidade e quase incidentalmente, o caso *Ivan* apelou ao Tribunal para desenvolver poderes reais de juiz africano dos direitos humanos em relação aos poderes exercidos pelos primeiros juízes, ou seja, o corpo de juízes dos tribunais nacionais. Dois aspectos da mesma questão relacionados com o caso *Ivan* serão, portanto, abordados nesta opinião. Por um lado, a capacidade do Tribunal, nas vestes de tribunal de recurso, e, por outro lado, a relação entre as competências exercidas pelo Tribunal e as disposições previstas nos instrumentos internacionais. Estes aspectos decorrem dos parágrafos 23 e 29 do Acórdão.

I. O Tribunal Africano em Arusha, um Tribunal de Recurso?

3. Esta pergunta não é nova. Na verdade, na jurisprudência de 2018, no processo *Evarist Minani*³, o Juiz Ben Achour sublinhou a seguinte posição na sua opinião: «o Tribunal reitera a sua decisão no parágrafo 81 de que ... não é um tribunal de recurso», acrescentando que «isto é mais do que óbvio na medida em

¹ O Autor foi condenado a 30 anos de prisão pelo crime de assalto à mão armada e alega que foi privado do seu direito a um julgamento imparcial.

² TAFDHP, Acórdão *Kenedy Ivan c. Tanzânia*, 28/03/2019, § 105 e subsequentes, p. 24.

³ TAFDHP, Acórdão sobre o processo *Evariste Minani c. Tanzânia*, 27/09/2018, Declaração de Voto, § 2.

que estamos em presença de um tribunal continental, cuja competência ... se estende a todos os casos e litígios que lhe são submetidos relativamente à interpretação e à aplicação da Carta ... do Protocolo e de qualquer outro instrumento pertinente sobre direitos humanos ratificado pelos Estados interessados». O Tribunal não é um tribunal de recurso, e este é um facto juridicamente óbvio.

4. O que é que se pode fazer deste facto juridicamente óbvio, uma vez que o Tribunal recorre repetidamente ao mesmo por diferentes razões? As explicações necessárias residem naturalmente no acto fundador do Tribunal, o Protocolo, que, no seu n.º 1 do art.º 3.º, relativo à competência, estatui o seguinte: «A competência do Tribunal alarga-se a todos os casos e diferendos ...» Esta disposição, tal como está, não se pronuncia sobre todo o regime anexo ao Estatuto do Tribunal. Se combinarmos esta disposição com o Preâmbulo do Protocolo⁴, podemos ler o carácter internacional e convencional das funções exercidas pelo Tribunal. Esta base é essencialmente internacionalista⁵. É nestes termos que o parágrafo n.º 27 do Acórdão deve ser interpretado: «Este Tribunal é competente desde que os direitos alegadamente violados estejam protegidos pela Carta ou por qualquer outro instrumento de direitos do homem ratificado pelo Estado Demandado».
5. Esta posição actual tem justificação própria⁶, mas precisa de ser melhor explicada e compreendida. Do ponto de vista do direito interno, o juiz de recurso determina um recurso que visa a revogação ou a anulação de uma sentença proferida por um tribunal de instância inferior. O tribunal de recurso deve, se for caso disso, reapreciar os factos e o direito. Assim, pode revogar uma decisão, parcial ou integralmente, ou confirmá-la. Tem também a possibilidade de modificar os fundamentos, sem

⁴ Além disso, no que diz respeito ao Protocolo: «Os Estados-Membros observam que a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos reafirma a adesão aos princípios dos Direitos do Homem e dos Povos, as liberdades e os deveres contidos nas declarações, convenções e outros instrumentos adoptados pela Organização de Unidade Africana e outras organizações internacionais».

⁵ Pode observar-se no Caso *Vapeur Wimbledon* (PCIJ, *Vapeur Wimbledon, França e Outros*, de 23/08/1923) relativo à aplicação do princípio da superioridade do direito internacional sobre os actos internos. Este caso particular diz respeito às ordens alemãs que proíbem a utilização do canal de Kiel. A primeira questão à qual o juiz de Haia teve de responder é a que diz respeito ao âmbito da decisão alemã de 21/03/1921, que recusou o acesso e a passagem pelo canal de Kiel, decisão esta que o Tribunal considerou estar em contradição com o Tratado.

⁶ Christina (C.), relativamente às decisões recentes da Comissão Inter-Americana dos Direitos do Homem (1983-1987), AFDI, 1987. 351-369, observa a posição do Juiz Hector Gros Espiell: «A apresentação de um processo (de contencioso) ao Tribunal não constitui recurso» c. Wittenberg, *Admissibilidade de Acções em Tribunais Internacionais*, RCADI, 1932, t. III, p. 1 e subsequentes.

necessariamente alterar a parte dispositiva do acórdão, que é a função do Tribunal de Arusha. Nos termos do Protocolo, estas são funções de superioridade judicial, funções de restabelecimento da lei em nome do direito que assiste os indivíduos.

6. A questão já surgiu em meados da década de 1950, altura em que, à luz de uma questão submetida à Assembleia Geral do Tribunal Internacional de Justiça⁷, Louis Cavaré concluiu que «é de considerável interesse prático e facilmente discernível fazê-lo. Diante da decisão de um órgão, os governos devem saber se tal decisão confere autoridade de uma sentença obrigatória ou se se resume a uma mera proposta, uma recomendação ou um conselho. A sua atitude em ambos os casos deve ser fundamentalmente diferente.⁸»
7. O princípio está estabelecido no direito internacional, mas também é importante para o direito interno. Este facto é enfatizado abaixo no que diz respeito às competências internacionais nos seguintes termos: «Hoje, especialmente em ..., a multiplicidade de organizações também colocou este problema que é essencialmente prático, uma vez que a sua solução depende da natureza das suas competências e da possibilidade ou impossibilidade de certos recursos contra as decisões destas autoridades»⁹. De qualquer modo, e nas palavras do Tribunal Internacional de Justiça, no seu parecer sobre a Reparação por Danos Sofridos ao Serviço das Nações Unidas (*Parecer Consultivo, Relatórios do TIJ, 1949, p. 182*): «Nos termos do direito internacional, deve considerar-se que a Organização dispõe dos poderes que, embora não estejam expressamente previstos na Carta, lhe são conferidos implicitamente como sendo essenciais para o desempenho das suas funções». Do que precede se conclui que este tipo de competência estabelecida com base numa convenção internacional só pode proferir decisões induzidas pelo tratado fundador e tem autoridade sobre as decisões internas.
8. Essa análise está presente na posição expressa pelo Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem, que estabelece o seguinte: «Quando

⁷ TIJ, Parecer Consultivo, *Efeitos da Indemnização Concedida pelo Tribunal Administrativo das Nações Unidas, 13 de Julho de 1954*, Colectânea de 1954, p. 47: o Tribunal infere do carácter judicial do Tribunal Administrativo das Nações Unidas que a Assembleia Geral deve executar o seu acórdão.

⁸ Cavaré (L.), *Noção de Competência Internacional (The Notion of International Jurisdiction)*, AFDI, 1956. Pp. 496 e subsequentes.

⁹ *Idem*, pp. 499, e subsequentes.

um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive os seus juízes, também estão sujeitos a esse tratado e, portanto, sujeitos à obrigação de assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam diminuídos pela aplicação de normas que sejam contrárias ao seu objecto e propósito». Prossegue, afirmando no presente relatório que: «Os juízes e os órgãos ligados à administração da justiça, a todos os níveis, estão obrigados a exercer *ex officio* um “controlo de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, obviamente no âmbito das respectivas competências e das normas processuais correspondentes»¹⁰. Estes elementos têm impacto na constituição de um poder jurisdicional, seja o poder de recurso seja o de simples controlo.

9. O art.º 61.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem prescreve o seguinte: «As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.» Neste caso, a jurisdição do Estado-Membro é interpretada à luz do direito internacional. Isto tende a consagrar o estatuto do juiz de recurso. Na importante decisão proferida pelo TEDH no processo *Bankovic e outros c. Bélgica e Outros*, em 12 de Dezembro de 2001¹¹, é de notar o seguinte: «A obrigação do Tribunal a este respeito consiste em ter em conta a natureza específica da Convenção, um instrumento constitucional de ordem pública europeia para a protecção dos seres humanos, e o seu papel, tal como decorre do art.º 19.º da Convenção, reside em assegurar o cumprimento, pelas Partes Contratantes, dos compromissos que assumiram».¹² Esta competência do Tribunal é certamente definida pelo consentimento das partes na Convenção, mas adquire *ipso jure*, uma verdadeira autoridade, uma competência comparável a de um tribunal de recurso, uma competência de recurso plena. Portanto, é natural considerar que o Tribunal de Arusha tenha tal poder jurisdicional numa hierarquia internacionalista de jurisdições aqui envolvidas, tanto nacionais quanto internacionais.

¹⁰ TIADH, *Relatório de 2012*, p. 62 e subsequentes.

¹¹ TEDH, *Bankovic e Outros c. Bélgica e Outros*, 12/12/2001, 52207/99

¹² *Idem.* § 80.

II. *Competência resolutamente vinculada a instrumentos internacionais*

10. Pode dar-se o caso de os Estados recusarem a intervenção de um juiz internacional para julgar novamente um diferendo, mesmo que tenham adoptado a cláusula de arbitragem numa convenção internacional. Esta hipótese não afecta o Tribunal de Arusha, mas permanece uma possibilidade que o direito internacional deixa aberta aos Estados ou às partes. A tendência global a esse respeito tem sido contestar ou restringir a cedência da competência internacional. No Caso de 1960 da sentença arbitral proferida pelo Rei da Espanha em 23 de Dezembro de 1906¹³, o Tribunal de Haia especificou essa ocorrência: «O Tribunal não é chamado a dizer se o árbitro julgou bem ou mal. Essas considerações e as que a elas se referem são irrelevantes para as funções que o Tribunal é chamado a desempenhar no presente processo e que devem determinar se está provado que a sentença arbitral é nula e sem efeito»¹⁴. Foi assim excluída a plenitude da devolução do recurso.
11. Os Estados podem de facto escolher, em soberania e excepcionalmente, que um juiz internacional, que acompanha um caso, não se considere um juiz de recurso. Foi o que aconteceu no litígio relativo à *Sentença Arbitral de 31 de Julho de 1989*, no processo *Guiné-Bissau c. Senegal*, em relação à decisão do Tribunal Internacional de Justiça¹⁵. O Tribunal considerou que «as duas partes estavam de acordo em que o presente procedimento constitui uma acção de inexistência e nulidade da sentença proferida pelo Tribunal, e não um recurso dessa sentença ou um pedido de revisão da mesma, como o Tribunal teve a ocasião de salientar em relação à reclamação de nulidade apresentada no caso da sentença arbitral proferida pelo Rei de Espanha em 23 de Dezembro de 1906»¹⁶.
12. Esta mesma restrição está presente no Caso *Ivan*, vertente, perante o Tribunal, no § 26. O Tribunal reitera a sua posição, afirmada em relação ao processo *Ernest Mtingwi c. República do Malawi*¹⁷, segundo a qual este órgão jurisdicional não é um tribunal de recurso relativamente às decisões

¹³ TIJ., *Relatórios*, 1960, p. 192.

¹⁴ *Idem*, p. 26.

¹⁵ TIJ, *Sentença Arbitral de 31 de Julho de 1989, Guiné-Bissau c. Senegal*, 12/11/1991.

¹⁶ *Idem*, § 25

¹⁷ TAFDHP, *Ernest Francis Mtingwi c. Malawi*, 15/03/2013, § 14.

proferidas pelos tribunais nacionais». Por outro lado, a resposta do Tribunal no caso *Alex Thomas* deve ser esclarecida.

13. O Tribunal declara «no entanto, tal como salientou no processo *Alex Thomas c. República Unida da Tanzânia*»¹⁸, que «embora o Tribunal Africano não seja um órgão de recurso para decisões proferidas por tribunais nacionais, tal não o impede de examinar os procedimentos pertinentes perante as autoridades nacionais para determinar se estes estão em consonância com as normas previstas na Carta ou com qualquer outro instrumento ratificado pelo Estado em causa»¹⁹. Afigura-se lembrar o Tribunal de dois elementos: a) declarar que «isto não o impede de examinar os procedimentos pertinentes perante as autoridades nacionais», não está em consonância com o actual exercício da função judicial do Tribunal, cujo objectivo é examinar os procedimentos internos utilizados pelos tribunais nacionais em matéria de direitos humanos; b) declarar que «o Tribunal Africano não é um órgão de recurso das decisões proferidas pelos tribunais nacionais» pode conduzir a uma dimensão voluntarista do Tribunal, enquanto o Tribunal tem competência determinada *a priori* por convenções e protocolos interestatais. O Tribunal tem uma competência resolutamente especial, especificamente reconhecida pelas partes contratantes no Protocolo que cria o Tribunal. Esta competência, quando estabelecida, é um dado jurídico e objectivo.
14. O Tribunal de Arusha não parece questionar a chamada noção de avaliação nacional, agora reconhecida no direito internacional em matéria de direitos do homem. Este conceito de facto conjuga os poderes nacionais com os poderes judiciais que o Tribunal obtém do Protocolo; uma determinação nacional de questões como a propriedade, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a noção de perigo público ... e muitas outras para as quais as leis dos Estados também estabeleceram disposições comuns.

Blaise Tchikaya

Juiz do Tribunal

Aos 12 de Março de 2019

¹⁸ TAFDHP, *Alex Thomas c. Tanzânia*, 20/11/2015, § 60 a 65

¹⁹ Op cit, *Alex Thomas c. Tanzânia*, § 130 ; ver também *Christopher Jonas c. Tanzânia*, do TAFDHP, 28/09/2017, § 28; *Ingabire Victoire Umuhoza c. Ruanda*, do TAFDHP, 24/11/2017, § 52; e *Mohamed Abubakari c. República Unida da Tanzânia*, do TAFDHP