

## OPINIÃO DISSIDENTE DO VENERANDO JUIZ FATSAH OUGUERGOUZ

1. A presente opinião dissidente tem por finalidade explicar as razões pelas quais votei contra a decisão do Tribunal de transferir o processo para a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, nos termos do n.º 3 do art. 6.º do Protocolo; e, incidentalmente, procura esclarecer a minha posição no que se refere à declaração feita no primeiro parágrafo operacional a favor do qual votei.

\*

2. Na minha óptica, o Tribunal evidentemente carece de competência para apreciar a Petição do Sr. Ekollo Moundi Alexandre, razão pela qual votei a favor da decisão do primeiro parágrafo operacional. No entanto, dada a evidente falta de competência por parte do Tribunal, sou da opinião que o Tribunal não deveria ter procedido à apreciação judicial da Petição, nem devia ter tomado uma decisão sobre o processo. Já comentei exaustivamente esta questão de procedimento relativa à política judicial do Tribunal na minha opinião separada anexa ao Acórdão de 15 de Dezembro de 2009 no processo relativo a *Michelot Yogogombaye c. A República do Senegal*.

3. A decisão do Tribunal, ora em análise, distingue-se formalmente de um “Acórdão” por ter sido assinada apenas pelo Presidente e pelo Escrivão do Tribunal, tendo sido adoptado por via de abordagem “simplificada” aplicada sem envolvimento dos dois Estados contra os quais se instaurou o processo.

4. O Tribunal tomou uma "decisão" sobre a sua falta de competência ao invés de emitir um acórdão na sua 21.ª Sessão Ordinária realizada de 6 a 17 Junho de 2011, na qual apreciou a Petição n.º 002/2011 (*Soufiane Ababou c. A República da Argélia*) da qual me abstive nos termos do disposto no art. 22 do Protocolo e do n.º 2 do art. 8.º do Regulamento do Tribunal. Ao apreciar a Petição, o Tribunal decidiu especificamente que quando um processo não tivesse, a título *prima facie*, hipótese de ter uma decisão favorável, não se deve notificar o Estado contra o qual foi intentada a acção.

5. No processo em análise, o Tribunal decidiu não transmitir aos Camarões e à Nigéria a Petição do Sr. Ekollo Moundi Alexandre, nem mesmo notificar os referidos Estados da entrada da Petição no Cartório. O Tribunal decidiu igualmente não informar o Presidente da Comissão da União Africana, e outros Estados-signatários do Protocolo, sobre a entrada da Petição.

6. Sou da opinião que, no processo em análise, a Petição devia ter sido julgada improcedente no início por simples nota do Cartório, logo após a data de 13 de

Junho de 2011 quando o Conselheiro Jurídico da Comissão da União Africana confirmou ao Tribunal que a República dos Camarões não era Estado-signatário do Protocolo e que a República Federal da Nigéria, conquanto fosse Estado-signatário do Protocolo, não tinha feito a declaração prevista no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo.

7. Na verdade, a questão da competência do Tribunal devia, de per si, ser objecto de uma decisão formal apenas em caso de "litígio" no âmbito da aceção do n.º 2 do art. 3.º do Protocolo, ou seja, quando se suscita alguma excepção com base na competência, nos termos do art. 52.º do Regulamento do Tribunal. Para todos os casos em que seja "evidente" a falta de competência por parte do Tribunal, que se constate após a aplicação de procedimentos judiciais por uma pequena equipa de juízes (juiz-relator ou uma comissão de dois ou três juízes) ou a que se possa chegar, a título proposta de melhorias legislativas, após um tratamento aplicação de procedimentos estritamente administrativos à Petição por parte do Cartório, bastando, para o efeito, uma simples nota deste último. Desta forma, permitir-se-ia que o Tribunal poupasse os seus recursos e que fosse acelerada a tomada de medidas sobre tais Petições dado que o Tribunal não se reúne em tempo integral.

8. Além disso, a adopção, pelo Tribunal, de uma decisão de falta de competência, como se dá no processo em análise, sem que os Estados em causa recebessem cópias da Petição, nem fossem informados da sua entrada, é, em princípio, impugnável, tanto mais que, no processo em análise, se fez menção da Petição no *website* do Tribunal após recepção. O facto de não se ter transmitido a Petição aos Estados em causa deixou a Nigéria (dado que os Camarões não são signatários do Protocolo) sem forma de aceitar a competência do Tribunal por via de *forum prorogatum* (sobre esta matéria, veja-se a minha opinião separada acima).

9. A este respeito, qualquer Petição apresentada contra um Estado-signatário do Protocolo que ainda não tenha feito a declaração opcional, deve ser transmitida, a título informativo, a esse Estado para possibilitar que este aceite a competência do Tribunal para conhecer do processo<sup>1</sup>. Dado que a prática actual do Cartório consiste em registar-se na lista geral todos os casos submetidos ao Tribunal, logicamente, todos os pedidos relativos a esses casos devem ser sistematicamente comunicados aos Estados em causa, devendo igualmente ser publicados no website do Tribunal. A inclusão de um caso na lista geral de um

---

<sup>1</sup> Assim sendo, o Cartório informaria o Peticionário do seguinte: (1) uma vez que o Estado contra o qual foi instaurado o processo não fez a declaração opcional, o Tribunal não pode conhecer a sua Petição; (2) a Petição foi transmitida ao referido Estado, a título informativo; (3), o Tribunal pode examinar a Petição se o Estado em causa decidir aceitar a competência do Tribunal.

tribunal pressupõe que se procedeu à devida “instauração” do processo e que este corre os seus trâmites na referida jurisdição (veja-se, para o efeito, o n.ºs 14, 15 e 16 da minha supramencionada opinião separada).

\*

10. Tendo declarado a sua manifesta falta de competência para conhecer a Petição, o Tribunal decidiu transferi-la à Comissão Africana nos termos do n.º 3 do art. 6.º do Protocolo, que dispõe o seguinte: "O Tribunal pode apreciar casos ou transferi-los para a Comissão."

11. Trata-se de uma prática estabelecida pelo Tribunal na sua decisão sobre a competência relativamente à supramencionada Petição n.º 002/2011. O Tribunal consolidou a prática, quando, na mesma sessão, apreciou as Petições N.º 005/2011 (Daniel Amare e Mulugeta Amare *c.* Linhas Aéreas de Moçambique & Moçambique) e N.º 006/2011 (Association des Juristes d'Afrique pour la Bonne Gouvernance *c.* Côte d'Ivoire), e também declarou que carecia manifestamente de competência para apreciar tais Petições.

12. Na minha óptica, transferir para a Comissão Africana uma Petição sobre o qual o Tribunal concluiu não ter manifestamente competência não tem cabimento jurídico. Defendo que esta transferência não parece ser consentânea com o art. 6.º do Protocolo, quando interpretado de acordo com as regras gerais de interpretação estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

13. De facto, a epígrafe do referido art. 6.º ("Admissibilidade de Processos") sugere fortemente que a acção aplicável pelo Tribunal, constante do n.º 3, aplica-se principalmente à apreciação da admissibilidade de um processo para o qual já se determinou a competência do Tribunal. Infelizmente, os "trabalhos preparatórios" do Protocolo não esclarecem, de forma alguma, o significado atribuído ao referido parágrafo n.º 3, sendo que se lia na sua primeira redacção: "o Tribunal pode, por motu próprio, analisar processos ou transferi-los à Comissão".<sup>2</sup>

14. Nesse contexto, este parágrafo permite que o Tribunal analise, de per si, a admissibilidade de uma petição que seja da sua competência ou que a remeta à

---

<sup>2</sup> O art. 6.º do Projecto de Protocolo adoptado na primeira reunião de Juristas de Aparelhos de Estado (Cidade do Cabo, África do Sul, 6 – 12 Setembro de 1995), veja-se o *Projeto de Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que Cria o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos* adoptado pela Reunião de Juristas de Aparelhos de Estado sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, realizada de 6 a 12 de Setembro de 1995 na Cidade do Cabo, África do Sul, DOC OAU/LEG/EXP/AFC/HPR/PRO (I) Rev. 1.

Comissão Africana para apreciação da sua admissibilidade. Na última hipótese, o Tribunal estaria a atribuir à Comissão uma responsabilidade mais ampla do que o disposto no n.º 1 do art. 6.º.

15. De facto, o n.º 1 do art. 6.º apenas permite que o Tribunal ‘solicite o parecer da Comissão’ sobre a admissibilidade de um "caso instituído nos termos do artigo 5 (3)" do Protocolo. O n.º 3 do art. 6.º, por sua vez, autoriza o Tribunal a solicitar que a Comissão determine a admissibilidade ou não de uma petição. A não referência ao n.º 3 do art. 5.º do Protocolo sugere ainda que o exame da admissibilidade poderia aplicar-se não só aos casos apresentados por uma pessoa singular ou organização não governamental, como também às acções movidas por um Estado-signatário do Protocolo ou por uma organização inter-governamental africana.

16. A minha interpretação do n.º 3 do art. 6.º é corroborada não só pelo acima exposto, como também pelo art. 119.º do Regulamento da Comissão, com a epígrafe “Admissibilidade nos termos do n.º 3 do art. 6.º do Protocolo”, tendo a seguinte redacção:

“1. Para casos em que, nos termos do art. 6.º do Protocolo, se solicita que a Comissão dê o seu parecer sobre a admissibilidade de uma comunicação que esteja a decorrer os seus trâmites no Tribunal ou para casos em que o Tribunal transferiu uma comunicação à Comissão, analisar-se-á a admissibilidade do processo em conformidade com o art. 56.º da Carta e dos arts. 105.º, 106.º e 107.º do presente Regulamento.

2. Após conclusão do exame de admissibilidade da comunicação a ela remetida nos termos do art. 6.º do Protocolo, a Comissão transmitirá imediatamente ao Tribunal o seu parecer ou decisão sobre a admissibilidade”.

17. Esta disposição do Regulamento da Comissão não deixa dúvidas quanto ao facto de, em ambas as situações previstas nos n.ºs 1 e 3 do art. 6.º do Protocolo, a Comissão considerar ser seu dever determinar a admissibilidade de uma petição relativa a uma matéria sobre a qual o Tribunal declarou-se competente; caso contrário, seria difícil entender porque o n.º 2 do art. 119.º prevê a rápida transmissão, ao Tribunal, do parecer ou "decisão" da Comissão. De facto, a rápida transmissão, ao Tribunal, da decisão da Comissão sobre a admissibilidade de uma petição não faria sentido se o Tribunal já não fosse desempenhar função alguma no tratamento do caso; estando subjacente a ideia de que tendo considerado a petição admissível, o Tribunal pode, de seguida, apreciar o mérito da petição.

18. Ao contrário do Regulamento da Comissão, o do Tribunal não esclarece devidamente a finalidade da transferência prevista no n.º 3 do art. 6.º do Protocolo. O n.º 5 do art. 29 do Regulamento do Tribunal tem a seguinte redacção:

“a) Sempre que o Tribunal decida transferir, em aplicação do parágrafo 3º do Artigo 6º do Protocolo, um processo à Comissão, deve transmitir uma cópia da totalidade dos articulados apresentados em torno da matéria até àquela altura, acompanhada de um relatório de síntese. A pedido da Comissão, o Tribunal também pode transmitir os originais dos autos do processo.

b) O Escrivão notifica de imediato as partes no processo sobre a transferência do processo para a Comissão.”

19. A linguagem empregue nesta disposição ( "processo", "partes", "totalidade dos articulados", "relatório de síntese") sugere que existe um processo pendente no Tribunal. Será igualmente notado que, quando o Tribunal carece manifestamente de competência, não deverá haver muitas informações no processo. Além disso, mesmo que a competência *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* ou *ratione temporis* do Tribunal fosse seriamente questionável e que a referida competência tivesse sido analisada pormenorizadamente pelo Tribunal, a parte dos autos referente à determinação da competência do Tribunal não teria importância particular para a Comissão, pelo que não deveria ser comunicada a ela.

20. É, portanto, minha conclusão que, ao apoiar-se no disposto no n.º 3 do art. 6.º do Protocolo a fim de transferir para a Comissão Africana um processo sobre o qual declarou carecer manifestamente de competência para conhecer, o Tribunal desviou-se da finalidade inicial dessa disposição; essa mesma conclusão aplica-se ainda mais à possível transferência, para a Comissão, de uma petição sobre a qual o Tribunal concluiria em juízo que carece de competência após um processo clássico de contraditório (veja-se o n.º 6 do art. 52.º do Regulamento do Tribunal).

21. No entanto, não é apenas nessa conclusão que assenta o meu voto contra a decisão de transferir o processo para a Comissão. Na minha óptica, é ainda mais notável o facto de o Tribunal não ter justificado a sua decisão no caso concreto; o requisito de apresentação de razões para sustentar as decisões do Tribunal é, de facto, consubstancial da sua função judicial.

22. No caso concreto, à semelhança dos três processos supra, o Tribunal considerou ser "apropriado" transferir o processo à luz da "as alegações constantes da petição", não tendo apresentado mais esclarecimentos. Devia ter exposto as razões pelas quais considerou que os factos alegados na petição justificam essa transferência ou devia ter explicado porque essa transferência era "apropriada".

23. Sem dúvida, o n.º 3 do art. 6.º do Protocolo permite que o Tribunal escolha entre duas soluções possíveis, devendo a escolha, no entanto, cumprir critérios objectivos. Conquanto compita ao Tribunal exercer tais poderes discricionários, essa escolha não pode ser feita de forma arbitrária, ou seja, de forma aleatória e imprevisível ou sem aplicação de alguma abordagem lógica aparente.

24. A integridade da função judicial do Tribunal exige, de facto, que sejam apresentadas razões para as decisões tomadas ao abrigo da disposição supra, de modo a cumprir os requisitos de previsibilidade e coerência, que são ingredientes essenciais que sustentam o princípio da certeza jurídica, que deve ser sempre garantido pelo Tribunal.

25. Não havendo tais critérios objectivos sobre o processo de remeter à Comissão casos sobre os quais o Tribunal se declara carecer manifestamente de competência, há um elevado risco de que tal remetimento se torne sistemático – abordagem que parece ser promovida pela prática actual.

26. Além disso, não havendo critérios objectivos de transferência de casos à Comissão, o Juiz discordante não teria a oportunidade de esclarecer as razões pelas quais se opõe à fundamentação da transferência a menos que mencione elementos de facto ou de direito que não apareçam na decisão do Tribunal e, por assim proceder, fere o princípio do sigilo das deliberações do Tribunal.

27. Se o Tribunal mantiver a prática de remeter, à Comissão, matérias sobre as quais considera carecer manifestamente de competência, seria necessário que se estabeleçam critérios claros para esses remetimentos. Ao proceder assim, podia orientar-se, por exemplo, pela natureza ou gravidade das violações a si apresentadas na petição em causa, transferindo à Comissão, desta forma, as petições que ‘pareçam revelar a existência de um conjunto de violações graves ou massivas dos direitos humanos e dos povos’ – para citar a redacção do n.º 1 do art. 58.º da Carta Africana.

28. Recorde-se que as "violações graves ou massivas dos direitos humanos" foram um dos critérios usados pela Comissão Africana ao apresentar um processo ao abrigo do art. 5.º do Protocolo (veja-se o n.º 2 do art. 84.º e o n.º 3 do art. 118.º do Regulamento da Comissão). Uma vez que o processo remetido pelo Tribunal, caberia, portanto, à Comissão apreciar a petição e, partindo desta, chegar a conclusões, em conformidade com as supramencionadas disposições do Regulamento.

29. Se o Tribunal enveredar por esta via, seria logo na sequência de um raciocínio que aplicou recentemente, na sua prática de transferir para a Comissão

os processos para os quais considera carecer manifestamente de competência. Estaria até a atribuir algum significado a essa prática ao reservá-la para circunstâncias excepcionais. Assim, o Tribunal estaria a desempenhar, em certa medida, a função de "mecanismo de alerta precoce" da Comissão, à semelhança da desempenhada actualmente por pessoas singulares e organizações não governamentais junto da Comissão, como evidenciado nas circunstâncias na base da petição apresentada pela própria Comissão contra a Grande Jamahiriya Árabe Socialista e Popular da Líbia.

30. Trata-se obviamente de uma questão de política judicial sobre a qual o Tribunal deve reflectir com maturidade. A resposta a essa pergunta dependerá da função que o Tribunal pretende desempenhar no sistema de defesa dos direitos humanos previsto na Carta Africana e no Protocolo que cria o Tribunal; dependerá, em especial, da maneira como o Tribunal encara as sinergias com a Comissão Africana com base nos arts. 2.º, 4.º, 5.º, 6.º (n.ºs 1 e 3), 8 e 33 do Protocolo.

31. O tribunal pode, a este respeito, continuar a explorar as opções disponíveis ao abrigo do n.º 3 do art. 6.º do Protocolo e tentar apurar se a transferência de uma petição à Comissão não poderia ocorrer após o Tribunal declarar que "tem competência", uma vez que a transferência teria por finalidade a apreciação, por parte da Comissão, não só da admissibilidade da petição, como também do mérito da causa.

32. O verbo "apreciar" utilizado no n.º 3 e o seu posicionamento no art. 6.º (logo após o n.º 2 relativo à decisão do Tribunal sobre a admissibilidade das causas) sugere, de facto, que o Tribunal pode apreciar processos com base no seu mérito ou transferi-los à Comissão.

33. Orientado por critérios que teria de determinar, o Tribunal optaria, assim, por não se pronunciar relativamente ao mérito de uma causa sobre o qual tem competência. Este sistema, conhecido, nos Estados Unidos, como "livre escolha", por exemplo, é aplicado pelo Tribunal Supremo dos Estados Unidos. De facto, o art. 10.º do seu Regulamento permite que o Tribunal exerça a sua jurisdição de recurso de forma discricionária, ou seja, quando considera haver fortes razões para exercer tal jurisdição; o mesmo artigo estabelece os critérios de selecção das causas recorríveis que pendam no Supremo Tribunal (*Ex.*: grandes questões federais, conflitos jurisprudenciais entre dois tribunais de recurso).

34. Ao optar por não se pronunciar relativamente ao mérito de um processo sobre o qual tem competência, o Tribunal Africano pode estar a despoletar uma autêntica denegação de justiça; o remetimento do processo à Comissão para a devida determinação do mérito não bastaria para evitar tal denegação de justiça

dado que estão conferidos apenas ao Tribunal os poderes judiciários. Pode transpor-se esse entrave; caberá ao Tribunal e à Comissão encetar discussões entre si sobre o assunto.

35. Mais uma vez, trata-se de uma questão de política judicial adveniente do facto de o Tribunal tocar nas questões relativas à função que pretende desempenhar no sistema africano de defesa dos direitos humanos e dos povos. Com efeito, não se pode descartar a possibilidade de o Tribunal registrar, num futuro não longínquo, uma avalanche de petições que não seria capaz de concluir satisfatoriamente devido aos constrangimentos de recursos materiais e humanos da sua parte. Neste caso, o Tribunal teria que escolher: ou continuar com a apreciação sistemática de todas as petições a si apresentadas, com o risco de haver entraves e a inerente paralisia dos seus serviços, ou filtragem das petições com base num conjunto de critérios e, deste modo, transformar-se num tipo de órgão judicial regulador de todo o sistema africano de defesa dos direitos humanos.

\*  
\* \*

36. Em suma, sou de opinião que no caso concreto:

- com a manifesta falta de competência *ratione personae* do Tribunal, a petição devia ter recebido um tratamento administrativo do Cartório, e não devia ter dado origem a uma decisão do Tribunal;

- por se tratar de um caso em que o Tribunal carece manifestamente de competência, esta petição não devia ter sido transferida à Comissão Africana ao abrigo do n.º 3 do art. 6.º do Protocolo, e deviam ter sido devidamente apresentadas as razões da transferência;

- caberia no fim ao Cartório “dirigir” o peticionário à Comissão Africana, ou na nota através da qual participa ao Peticionário que a matéria está fora da competência do Tribunal, ou, como no caso concreto, numa nota mediante a qual comunica ao Peticionário a decisão do Tribunal sobre a falta de competência.

Fatsah Ouguergouz

Robert Eno  
*Escrivão Interino*