

O francês é a língua original desta declaração de voto.

## Acórdão

***Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia***

**Processo n.º 008/2015**

## Declaração de voto

do

**Venerando Juiz Blaise Tchikaya**

1. Tal como os meus Distintos Colegas, subscrevi a parte decisória do presente Acórdão (*Shukrani Masegenya Mango e Outros c. República Unida da Tanzânia*). A Acção relativa ao caso submetido a este Tribunal revelou-se, em última análise e após longas deliberações, inadmissível. Explico através desta declaração de voto as razões para tal e mostro também que o Tribunal deveria ter realizado um exame mais aprofundado do argumento que decorre dos indultos presidenciais, cujo regime de concessão foi veementemente contestado no presente caso. É verdade que, qualquer que tivesse sido o exame, partilho a opinião de que a parte decisória teria sido idêntica devido à inadmissibilidade prévia da acção. No entanto, a lei aplicável à questão dos «Indultos presidenciais» ao abrigo do direito internacional dos direitos humanos merecia uma clarificação.
2. Os senhores *Shukrani Masegenya Mango, Ally Hussein Mwinyi, Juma Zuberi Abasi, Julius Joshua Masanja, Michael Jairos, Azizi Athuman Buyogela e Samwel M. Mtakibidya*, cidadãos tanzanianos, foram condenados por homicídio e assalto à mão armada em vários processos. Com a excepção de *Ally Hussein Mwinyi*, falecido a 11 de Maio de 2015, estes Autores encontram-se a cumprir as suas penas na Cadeia Central de Ukonga, em Dar-es-Salaam. A Acção é conjunta. Todos os Autores afirmam, sem fornecer quaisquer elementos jurídicos específicos, que «foram prejudicados pela forma como as autoridades do Estado Demandado aplicaram o direito aos indultos, que são uma prerrogativa do Presidente do Estado Demandado»<sup>1</sup>.
3. O processo não trará renovação à jurisprudência já produzida pelo Tribunal, pois trata-se de um caso único. Aparecendo de forma embrionária no

---

<sup>1</sup> TAFDHP, Acórdão, *Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia*, 26 de Setembro 2019, § 6.

O francês é a língua original desta declaração de voto.

*processo Yogogombaye* (15 de Dezembro de 2009)<sup>2</sup>, mas claramente presente no processo *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos c. Líbia* de 3 de Junho de 2013<sup>3</sup>, o exame prévio dos processos teve um papel decisivo nos trabalhos do Tribunal. O Acórdão do caso *Shukrani e Outros* confirma uma tendência judicial: por um lado, muitos casos, como este, fracassam perante a exigência prévia de admissibilidade; e, por outro lado, apenas resta ao Juiz o dever de jurisdição, ou seja, tomar a decisão de excluir do exame do mérito da causa os casos que não cumprem as condições de admissibilidade.

***I. Confirmação das regras preliminares de admissibilidade das acções (artigos 56.º da Carta e 6.º do Protocolo).***

4. O caso *Shukrani Masegenya Mango e Outros* confirma a doutrina do Tribunal Africano sobre a admissibilidade das acções, nos termos do artigo 56.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, do n.º 2 do artigo 6.º do Protocolo sobre a criação do Tribunal e do artigo 40.º do Regulamento do Tribunal. Este aspecto do processo constituiu igualmente a base de defesa do Estado Demandado. A Tanzânia argumentou em particular que «os Autores poderiam ter submetido um recurso por inconstitucionalidade, ao abrigo da Lei sobre a Execução dos Direitos e Deveres Fundamentais»<sup>4</sup>. Ela pretendia desta forma sublinhar o facto de os Autores não terem previamente esgotado as vias internas de recurso. Argumentando contra os Autores, acrescentou que «com a excepção do primeiro, do quinto e do sexto Autores, nenhum dos outros Autores solicitou a revisão dos seus respectivos processos, apesar de terem interposto recursos perante o *Court of Appeal* que foram indeferidos»<sup>5</sup>. Na sua resposta, o Tribunal confirmou a regra, que é constantemente reiterada na sua jurisprudência. Ele observa que «no caso *Casal Diakitè v. República do Mali*<sup>6</sup>, estabeleceu que o esgotamento dos recursos e instâncias de direito interno é um requisito do direito internacional e não uma questão de escolha, que é dever do autor tomar todas as medidas necessárias para esgotar os recursos (...) e que não lhe basta questionar a eficácia dos

---

<sup>2</sup> TAFDHP, *Processo Yogogombaye c.* 15 de Dezembro de 2009; *Parecer distinto*, Venerando Juiz Fatsa Ouguerouz ; v. Tchikaya (B.), A primeira decisão sobre o Mérito do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos: *Processo Yogogombaye c. Senegal* (15 de Dezembro de 2009), *Annuaire africain des droits de l'homme*, Vol. 2 (2018), p. 509.

<sup>3</sup> TAFDHP, *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos c. Líbia*, (3 de Junho de 2013), *Parecer distinto* do Juiz Fatsa Ouguerouz.

<sup>4</sup> TAFDHP, Acórdão, *Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia*, *Op. cit.* § 41.

<sup>5</sup> *Idem*, § 42.

<sup>6</sup> TAFDHP, Acórdão sobre competência jurisdicional e Admissibilidade, *Casal Diakitè c. República do Mali*, 26 de Setembro de 2017, § 53; vide também, TAFDH, Acórdão sobre mérito e admissibilidade, *Dexter Johnson c. Gana*, 28 de Março de 2019, § 50.

O francês é a língua original desta declaração de voto.

recursos e instâncias de direito do Estado por causa de incidentes isolados»<sup>7</sup>. O Tribunal concluiu, como no caso em apreço, que a acção era inadmissível.

5. Este caso *Shukrani e outros* apresentava uma particularidade. Dois dos sete Autores tinham uma acção adicional. O primeiro e o sétimo Autores submeteram uma Acção em separado das reivindicações apresentadas em conjunto. Eles contestavam a legalidade da sentença proferida por assalto à mão armada. Portanto, a questão que se colocava para eles prendia-se com o direito a um processo equitativo que reivindicavam. Ambos recorreram das respectivas condenações e penas aplicadas junto do *Court of Appeal*, que negou provimento aos seus recursos. Enquanto tribunal da mais alta instância do Estado Demandado, o *Court of Appeal* teve, portanto, a oportunidade de se pronunciar sobre a legalidade das sentenças invocadas pelos Autores. Por conseguinte, a Acção do primeiro e do sétimo Autores era admissível. Na sequência disso, a excepção preliminar levantada pelo Estado Demandado foi rejeitada em relação a este ponto<sup>8</sup>. O Tribunal concluiu que o Estado Demandado não violou nenhuma lei<sup>9</sup>, mantendo assim a posição assumida relativamente às suas decisões anteriores<sup>10</sup> e conforme ao direito internacional nesta matéria<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> TAFDHP., Acórdão, *Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia*, *Op. cit.*, § 50.

<sup>8</sup> *Idem.*, § 55, 57 e 75 (v).

<sup>9</sup> *Ibidem.*, § 75

<sup>10</sup> TAFDHP, *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos c. Líbia* (Mérito), 2016, RJCA, 158; *Urban Mkandawire c. Malawi* (Admissibilidade) (2013), RJCA, 291; *Frank David Omary e Outros c. Tanzânia* (admissibilidade) (2014), RJCA, 371; *Peter Joseph Chacha c. Tanzânia* (Admissibilidade) (2014), RJCA, 413.

<sup>11</sup> v. CAFDH, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, Acórdão, 5 de Dezembro de 2014. O Tribunal retomou a comunicação sobre o caso *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe c. Zimbabwe*, e declarou o seguinte: «É uma regra bem estabelecida do direito consuetudinário internacional segundo a qual, antes da instauração de um processo judicial internacional, os diversos recursos internos previstos pelo Estado devem ser esgotados (...). «Os mecanismos internacionais não são mecanismos alternativos para a implementação dos direitos humanos a nível nacional, mas devem ser considerados como ferramentas que servem para ajudar as autoridades nacionais a estabelecer uma protecção efectiva dos direitos humanos em seu território. Se os direitos humanos de uma pessoa forem violados e essa pessoa pretender levar o caso perante um organismo internacional, ela deve antes disso tentar obter reparação por parte das autoridades nacionais. Será necessário demonstrar que foi dada ao Estado a oportunidade de encontrar uma solução para o caso antes de recorrer a um organismo internacional. Isto facto mostra que os Estados não são considerados como tendo violado as suas obrigações no que se refere aos direitos humanos se oferecerem recursos genuínos e eficazes às vítimas de violações de direitos humanos» (V. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, *Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe c. Zimbabwe*, Comunicação n.º 293/04, 7-22 de Maio de 2008, § 60).

O francês é a língua original desta declaração de voto.

6. O saudoso Jean Rivero<sup>12</sup> via nestas regras prévias aos recursos internos uma influência do direito interno sobre a ordem judicial internacional. Trata-se aqui de um paradoxo instrutivo, uma vez que é o direito judicial internacional que exige que o sistema judicial nacional examine, de forma soberana e primordial, as violações alegadas por um autor nacional. O objectivo desta abordagem é corrigir a violação da lei no local onde foi cometida. Este é o principal significado desta regra de esgotamento prévio dos recursos internos. A questão é sem dúvida diferente e especial para aquelas regras que se relacionam com as áreas reservadas do Estado (*o Estado Westfaliano*, nas palavras de Alain Pellet<sup>13</sup>), como foi neste caso *Shukrani e Outros* com a questão levantada pelo regime de uso dos «indultos presidenciais».

## **II. Os Indultos presidenciais e as leis aplicáveis**

7. Numa formulação clara, o Tribunal prossegue afirmando o seguinte: «Na medida em que a Acção abrange todos os Autores bem como a alegada violação dos seus direitos, tendo em conta a maneira como a prerrogativa presidencial de concessão de indultos foi exercida, o Tribunal conclui que a Acção é inadmissível, por incumprimento dos requisitos previstos no n.º 5 do artigo 56.º da Carta e reiterados no n.º 5 do artigo 40.º do Regulamento do Tribunal »<sup>14</sup>. Assim, uma vez que as condições de admissibilidade são cumulativas, o exame dos elementos relativos aos indultos presidenciais tornou-se supérfluo.
8. Este poder de anular uma sentença ou mesmo de cancelar um processo penal é conferido à mais alta autoridade política do país. É um «desprezo» monárquico, e mesmo uma violação tornada legítima contra o poder judiciário. Este poder de concessão de indultos existe em quase todos os sistemas democráticos<sup>15</sup>. No caso em apreço, no *Processo Shukrani e Outros*, os Autores não contestaram o fundamento, mas «alegaram principalmente a violação dos seus direitos à igualdade e à não discriminação no que diz respeito à forma como foi exercido o indulto presidencial»<sup>16</sup>. Os argumentos utilizados pelos Autores eram mais explícitos ainda. Segundo eles, «o Estado Demandado trata os reclusos condenados por corrupção e outros crimes económicos com mais

---

<sup>12</sup> Rivero (J.), Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, *AFDI*, 1958. pp. 295-308

<sup>13</sup> Este conceito de Estado Westfaliano, na medida em que reforça a justaposição de Estados, favorece uma extensão ainda mais importante desta área reservada: Pellet (A.), Histoire du droit international : Irréductible souveraineté ? G. Guillaume (dir.), *La vie internationale*, Hermann, Paris, 2017, pp. 7-24.

<sup>14</sup> Vide TAFDHP, Acórdão, *Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia*, *Op. cit.*, § 54.

<sup>15</sup> Laffaille (F.), Droit de grâce et pouvoirs propres du chef de l'État en Italie, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, 2007, pp. 761-804

<sup>16</sup> v. TAFDHP, Acórdão, *Shukrani Masegenya Mango e Outros c. Tanzânia*, *Op. cit.*, § 48.

O francês é a língua original desta declaração de voto.

cuidado (...) do que outros reclusos, porque eles podem se beneficiar duas vezes dos indultos presidenciais, um privilégio que não é concedido aos outros reclusos. Decorrendo daí a alegada violação dos números 1 e 2 do artigo 3.º da Carta e do artigo 7.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem...». Através destas palavras, os Autores denunciam um exercício alegadamente arbitrário do direito ao indulto presidencial. No caso em apreço, precisava o Tribunal de se pronunciar?

9. O debate sobre a *justiciabilidade* internacional dos actos discricionários dos Chefes de Estado continua<sup>17</sup>. A aplicação do direito internacional, incluindo o relativo aos direitos humanos, baseia-se essencialmente num princípio que deveria remontar ao *Caso Lotus* de 1927<sup>18</sup>, nomeadamente: «Tudo o que se pode pedir a um Estado é que não exceda os limites que o direito internacional impõe à sua jurisdição; dentro desses limites, o título de jurisdição que exerce encontra-se na soberania». Decorre destas considerações que a questão é de saber se os actos internos que se referem aos indultos presidenciais são ou não dissociáveis da função presidencial. Uma função cujo regime jurídico pertence geralmente à soberania interna dos Estados. A lei aplicável à concessão dos indultos presidenciais, excepto o arbitrário controlado pelo direito internacional, está sob a alçada do direito interno dos Estados. Compete aos Autores, e não ao Tribunal, fornecer os elementos cuja natureza variável de acordo com os sistemas jurídicos nacionais parece óbvia. É indiscutível que o controlo do direito internacional sobre este aspecto não é nulo. Ora, o Processo *Shukrani Masegenya Mango e Outros* não traz qualquer contributo para o mesmo, limitando-se a declarar a natureza arbitrária do uso do indulto presidencial pelo Estado Demandado.
10. Os actos do executivo, ligados ao poder, não se enquadram na competência judicial normalmente exercida pelo Juiz interno, em razão da separação de poderes. Louis Favoreu<sup>19</sup> propôs submetê-los ao poder constitucional. Esta afirmação parece uma ilusão, uma vez que supra-referido poder continua dependente do direito interno, que permanece sob o controlo do soberano. O direito supranacional, integrado no direito internacional, exerceria um controlo sobre os actos aos quais estaria sujeito, não o indulto presidencial

---

<sup>17</sup> Cosnard (M.), « Les immunités du chef d'État », SFDI, *Le chef d'État et le droit international. Colloque de Clermont (juin 2001)*, Paris, Pedone, 2002, p. 201.

<sup>18</sup> Vide CPII, *O Caso « Lotus »*, França Acórdão de 7 de Setembro de 1927, Série A, nº10, p. 19

<sup>19</sup> Mauss (D.), Louis Favoreu, un missionnaire du droit constitutionnel, *RFDC*, 2004, p. 461-463.

O francês é a língua original desta declaração de voto.

em si, mas a sua administração ou exercício. No entanto, duas condições devem ser satisfeitas: que tais actos sejam dissociáveis do exercício do domínio reservado do Estado e que, após validação das condições de admissibilidade, sejam verdadeiramente manchados de arbitrariedade.

11. A consequência disto é que, embora no caso *Shukrani e Outros* os Autores tenham argumentado que o Estado Demandado «sistematicamente excluiu dos indultos os reclusos que cumpriam penas longas, violando assim o artigo 2.º da Carta e os números 1, 2, 3, 4 e 5 do artigo 13.º da Constituição do Estado Demandado»<sup>20</sup>, o Tribunal recusou-se a deferir a Acção. Os elementos processuais e de mérito não lhe estão estritamente associados.

Arusha, aos 27 de Setembro de 2019

**Venerando Juiz Blaise Tchikaya**

---

<sup>20</sup> v. TAFDHP, Acórdão, *Shukrani e Outros*, *op. cit.*, § 7.