

Acórdãos
Thomas Mgira c. Tanzânia
Umalo Mussa c. Tanzânia

(22 de Março de 2023)

Declaração de Voto de Vencida Parcial

da autoria do

Ven. Juiz Blaise Tchikaya, Vice-Presidente

Introdução

I. Os dois casos: Thomas Mgira e Umalo Mussa, «reavivar» a questão da pena de morte

A. O acórdão relativo ao processo de Mgati Mwita

B. O processo de Umalo Mussa

II. As decisões relativas aos processos de Umalo e Mgira constituem uma clara violação dos direitos

A. O impacto da moratória universal sobre a pena de morte

B. Um regime internacional dual, em última análise, infeliz

Conclusão

Introdução

1. A presente declaração de voto, tal como a anterior¹, diz respeito à pena de morte. Na sessão anterior e em três casos que se debruçavam sobre a mesma questão, o

¹ *Declaração de voto no âmbito do processo de CAFDHP, Marthine Christian Msuguri c. Tanzânia; Ghati Mwita c. Tanzânia; Igola Iguna c. Tanzânia, 1 de Dezembro de 2022.*

Tribunal decidiu, por maioria, manter a sua posição expressa no processo de *Rajabu* em 2019². Nas duas decisões, *Thomas Mgira c. Tanzânia* e *Umalo Mussa c. Tanzânia*³, o Tribunal reiterou a mesma abordagem e, de modo geral, pelas mesmas razões.

2. Novamente, embora lamente redigir a presente declaração de voto, a mesma considera que a posição do Tribunal, não obstante o seu carácter maioritário, é uma postura totalmente desfasada. Incumbe ao Tribunal mudá-la.
3. Esta obsolescência tem a ver com a decisão e o raciocínio subjacentes a estes acórdãos. Os dois casos em questão são uma evidência dessa constatação. Há uma abordagem que deve ser adoptada quando um processo tem a ver com a violação dos direitos e outra abordagem quando o indivíduo é privado da vida e condenado à morte. Isso teve impacto tanto no fundo da causa quanto na abordagem judicial. O Tribunal começou a adoptar uma abordagem semelhante quanto à admissibilidade de petições que impugnam a aplicação obrigatória da condenação à pena capital. Esta postura voluntarista deve ser assumida também na fase da análise do fundo.
4. Registamos que «Embora tenhamos em conta a posição maioritária dos meus venerandos colegas, há uma pergunta que deve ser feita: Como pode o Tribunal salvaguardar a sua jurisprudência desta forma? Por um lado, transcendendo a evolução do direito internacional aplicável. Haveria dois regimes: Um a favor da plena protecção do direito à vida⁴ e outro menos favorável⁵». Para além de manifestar a nossa declaração de dissidência à parte dispositiva dos acórdãos relativos aos processos de *Umalo Mussa* e *Thomas Mgira* e o raciocínio subjacente, a presente declaração de voto abordará ainda a complexidade jurídica da actual situação.
5. O caso de *Thomas Ngira* foi uma continuação do rol de processos judiciais da última sessão. A síntese cronológica dos factos do processo remonta a 2002. O Peticionário

² TAFDHP, *Ali Rajabu e Outros c. Tanzânia*, 8 de Dezembro de 2019: O caso de *Rajabu* diz respeito ao Sr. *Ally Rajabu*, *Angaja Kazeni aka Ori*, *Geofrey Stanley aka Babu*, *Emmanuel Michael aka Atuu* e *Julius Petro*, cidadãos tanzanianos condenados à pena de morte por homicídio premeditado. Esta sentença obrigatória foi confirmada pelos magistrados das instâncias judiciais nacionais.

³ TAFDHP, *Umalo Mussa c. Tanzânia*, 17 de Março de 2023 e *Thomas Mgira c. Tanzânia*, 22 de Março de 2023.

⁴ Breillat (D.), *L'abolition mondiale de la peine de mort, Relating to the 2nd Optional Protocol on the International Covenant on Civil and Political Rights on the abolition of the death penalty*, RSC, 1991, p. 261.

⁵ O Acórdão relativo ao processo de *Rajabu et al.*, 2019; O acórdão de 2022, nesta perspectiva, reflecte uma leitura restrita do Artigo 4.º da Carta.

foi indiciado pelo assassinato do seu vizinho, Masaga Ntobi, na noite de 1 de Outubro de 2002.

6. De igual modo, o Tribunal também estava a deliberar sobre o processo de *Umalo Mussa*, cujos factos remontam a 1995. O Peticionário e dois outros, agora falecidos⁶, assassinaram um homem e a sua esposa. Foram condenados pelo Tribunal Superior, a 29 de Junho de 2005, por dois crimes de homicídio. Ao Sr. Umalo *Mussa* também foi aplicada a pena de morte por enforcamento. Recorreu junto do Tribunal de Recurso de Mwanza, que, a 21 de Maio de 2009, negou provimento ao seu recurso na íntegra. A decisão sobre o seu requerimento para a revisão estava ainda pendente quando interpôs a petição perante este Tribunal a 8 de Junho de 2016.
7. Estes dois processos, *Mgira* e *Mussa*, têm em comum o facto de integrarem a lista de casos que prolongam e reavivam a pena de morte (I.). Envolvem a prática anómala de enforcamento. Duas questões, que foram objecto de uma declaração de voto anterior, são aqui objecto da nossa desaprovação num contexto em que o direito internacional, apoiado pelas Nações Unidas, é resolutamente contra a pena de morte (II).

I. Os processos de Thomas Mgira e Umalo Mussa «reavivam» a pena de morte

8. Um dos primeiros casos a serem deliberados durante esta sessão, o processo de *Thomas Mgira* proporciona um nível de discernimento apropriado da abordagem do Tribunal à questão da pena de morte.

A. Acórdão de Thomas Mgira

9. Como tantas vezes acontece, o Sr. *Mgira* impugna a violação do seu direito a um julgamento imparcial nos processos internos que culminaram com a sua condenação à pena de morte. Alega ele que foi condenado com base nos seguintes elementos:

«A mais duvidosa identificação visual possível». A mesma alegadamente derivada do «depoimento de uma única testemunha»⁷.

⁶ Ambos os co-arguidos do Peticionário perderam a vida antes do início do julgamento. As datas da sua morte não são conhecidas.

⁷ TAdHP, *Thomas Mgira c. Tanzânia*, 3 de Março de 2023, p. 6.

O depoimento foi colhido sem que a testemunha tivesse prestado juramento e o mesmo não foi corroborado. No final, alega ele que o depoimento continha:

«Várias contradições e inconsistências fundamentais que punham em causa a credibilidade das testemunhas».

10. O Peticionário alega que o Tribunal de Recurso do Estado Demandado acabou por desperdiçar a oportunidade de corrigir os seus erros ao negar provimento ao seu requerimento para a prorrogação do prazo para a revisão da decisão do Tribunal do Estado Demandado⁸.

11. Para os efeitos da presente declaração de voto, é, em última análise, irrelevante a natureza dos argumentos a nível interno para a decisão. O Tribunal, na sua função de jurisdição internacional, sempre considerou que não lhe compete pronunciar-se sobre os elementos probatórios:

«Não compete ao Tribunal decidir sobre a qualidade dos elementos de prova, para proceder à apreciação de uma condenação»⁹.

12. No caso de *Thomas Mgira*, embora a pena de morte tenha sido imposta, a parte dispositiva da decisão preconiza o seguinte:

«O Estado Demandado não violou o direito do Peticionário a um julgamento equitativo protegido nos termos do Artigo 7.º da Carta; (...) e não violou o direito do Peticionário à igualdade perante a lei e à igual protecção da lei».

13. Esta abordagem pode parecer decepcionante no domínio dos direitos humanos. Todo indivíduo tem o direito de considerar injusta a pena de morte a si imposta. Por conseguinte, o Tribunal deve clarificar melhor a declaração de isenção de culpabilidade em termos de uma violação da lei quando há condenação a uma punição que, em grande parte, a lei repudia. Isso pode ao Peticionário parecer uma contradição¹⁰.

⁸ *Idem.*, § 6.

⁹ Vide, em particular, TAfDHP, *Ivan c. Tanzânia*, 28 de Março de 2019, § 63. Vide também *Mohamed Abubakari c. Tanzânia*, § 26 e 173. Vide igualmente *Kijiji Isiaga c. Tanzânia*, § 66; *Oscar Josiah c. Tanzânia (mérito)*, § 52.

¹⁰ Isso pode parecer «elíptico» como Sarah Cassella qualificou no seu artigo. Vide G. Le Floch (ed.), *The contribution of the jurisprudence of the African Court on Human and People's Rights to International Public Law*, Ed. Pédone, 2023, pp. 261 et seq.

B. O caso de *Umalo Mussa*

14. O caso de *Umalo Mussa* comporta elementos idênticos. O Peticionário impugna a violação do seu direito de ser:

«Ouvido, na medida em que o Tribunal Superior o condenou e o Tribunal de Recurso confirmou a sua condenação com base numa declaração auto-incriminatória»¹¹. Além disso, na opinião do Peticionário, a declaração foi extraída sob coerção. O Peticionário terá retractado, posteriormente, a sua declaração.»

15. Compete aos processos nacionais avaliar a pertinência e o âmbito dos argumentos do Peticionário. Esta abordagem está também bem estabelecida no que diz respeito aos tribunais nacionais do Estado Demandado. Um princípio que é claramente articulado no caso de *Majid Goa alias Vedastus c. Tanzânia*, 26 de Setembro de 2019:

«Com particular referência aos elementos de prova em que foi baseada a condenação do Peticionário, o Tribunal considera que não lhe compete, de facto, pronunciar-se sobre o seu valor para proceder à revisão dessa condenação. Considera, no entanto, que nada o impede de examinar esses elementos de prova no âmbito do processo que lhe foi apresentado, a fim de determinar se, de um modo geral, a forma como o tribunal nacional procedeu ao exame da prova cumpriu com os requisitos de um julgamento imparcial na acepção do Artigo 7.º da Carta», § 53.

16. Nos termos do Artigo 179.º do Código Penal, o sistema penal do Estado Demandado aplica a pena de morte obrigatória, conforme demonstrado pela jurisprudência anterior sobre a matéria¹². O apego do referido Estado à pena de morte é conhecido. Está na categoria dos Estados africanos que não se divorciaram das tradições penais da era colonial. Sabe-se que é quando o Estado emerge que a imposição da pena de morte adquire uma base legal e se organiza. Com efeito, os Estados africanos herdaram os mesmos fundamentos racionais e políticos dos séculos XVIII e XIX na Europa¹³.

¹¹ TAFDHP, *Umalo Mussa c. Tanzânia*, § 6.

¹² TAFDHP, *Amini Juma c. Tanzânia*, Acórdão de 30 de Setembro de 2021, § 130; *Ally Rajabu e Outros c. Tanzânia*, 28 de Novembro de 2019, § 109; *Ghati Mwita c. Tanzânia*, 1 de Dezembro de 2022, § 75.

¹³ Importa lembrar que o Código de Hamurábi (2285-2242 A.C.) incluía a morte por fogo, água. Os *livros de Levítico e Êxodo* estão repletos de razões para a morte por assassinato, sequestro para escravidão, mas também idolatria, feitiçaria, o desacatamento das leis rituais, adultério, incesto, sadismo, bestialidade e prostituição.

17. Embora o Tribunal Africano tenha demonstrado o carácter injusto da pena de morte, nomeadamente o procedimento nacional seguido, considerou sempre que tal deve ser aplicado de forma casuística. Limitou-se a evidenciar a irregularidade da pena de morte obrigatória. Este tem sido um estigma desde o caso de *Rajabu*¹⁴.

18. O juiz deve ter poderes discricionários e decidir sobre a sentença ou a punição a ser imposta; o Tribunal salientou, em particular, este aspecto nas suas decisões. O Tribunal considera que, se o juiz dispusesse de liberdade para aplicar a pena àqueles que são condenados por homicídio, teria a latitude de levar em conta todos os factores de cada caso para impor a sentença de forma proporcional.

19. Os casos em apreço são uma reminiscência da abordagem do Tribunal. Aglutina as circunstâncias do caso com a impossibilidade formal que encontra de impugnar a pena de morte obrigatória. Isso está claramente articulado em *Umalo Mussa*:

«O Tribunal observa ainda que fez referência à sua jurisprudência, segundo a qual a consideração de uma confissão não corroborada está sujeita a condições estritas, a saber, que a declaração tenha sido feita voluntariamente, que é verdadeira e que não existe qualquer elemento de corroboração.¹⁵ O Tribunal aplicou estes critérios aos factos do processo contra o Peticionário e considerou que este foi correctamente condenado com base numa confissão por si feita voluntariamente¹⁶.

«O Tribunal considera que, no que concerne ao processo perante o Tribunal Superior e o Tribunal de Recurso, o tratamento pelos tribunais internos, do depoimento extrajudicial e da alegação de tortura não revelam qualquer violação das normas estabelecidas na Carta¹⁷.

20. Note-se que o Tribunal concluiu que:

¹⁴ Vide *Declaração de voto de vencida de Tchikaya no processo de Rajabu*, que «(...) Caba, pois, ao Tribunal enquadrar esta infração no seu contexto jurídico: para além do direito à vida, estava em causa a aplicação da pena de morte. Tal como no recente caso de *Eddie Johnson Dexter*, o regime aplicável à pena de morte obrigatória foi o centro da controvérsia entre o Peticionário e o Estado Demandado. Esta distinção na pena de morte não é operacional, nem justificada na sua acepção jurídica. É muito relativo»

¹⁵ *Tuwamoi v. Uganda* [1967] EA 84 § 91: «A questão de direito é a seguinte: o tribunal pode condenar um arguido com base numa confissão retractada se considerar que, tendo em conta os elementos materiais do processo, que nada a não ser a verdade e nada mais se depreende do depoimento»

¹⁶ TAdHP, *Umalo Mussa*, *op. cit.*, § 80.

¹⁷ *Idem.*, § 82.

«O Estado Demandado não violou nenhum dos direitos do Peticionário conforme alegado»¹⁸.

21. Escusado será dizer que a constatação legal da existência da pena de morte obrigatória, que é claramente parte integrante do presente caso, não tem qualquer consequência. O Tribunal não se debruça sobre a matéria. A presente declaração de voto de vencida, tal como em casos anteriores, tem fundamento.

22. No acórdão relativo ao processo de *Thomas M'Gira* proferido no mesmo dia, o Tribunal introduziu uma alteração significativa. Formulou um *obiter dictum*:

«O Tribunal, embora não considere no presente caso ter havido uma violação dos direitos do Peticionário, deseja, no entanto, reiterar a sua conclusão em acórdãos anteriores¹⁹ de que a pena de morte obrigatória constitui uma violação do direito à vida, bem como de outros direitos consagrados na Carta, devendo, portanto, ser a mesma abolida do Código Penal do Estado Demandado²⁰.

23. Este último elemento assinala uma diferença bastante significativa entre os dois acórdãos. O *obiter dictum* contido no Acórdão relativo ao processo de *Thomas M'Gira* demonstra que o Tribunal não pensa em abolir a pena de morte obrigatória *in extenso*, ainda que se justificasse por lei fazê-lo, uma vez que constitui uma violação do direito à vida, bem como de outros direitos consagrados na Carta, conforme aqui referido. Em suma, somos remetidos de volta à decisão no processo de *Ally Rajabu*²¹, na qual o Tribunal concluiu que:

«A imposição da pena de morte obrigatória, conforme previsto na Secção 197 (...) não permite que a pessoa condenada apresente provas atenuantes (...) e, por conseguinte, aplica-se a todas as pessoas condenadas, independentemente das circunstâncias em que o delito foi cometido. Segundo, o tribunal de primeira instância não tem outra opção senão aplicar a pena de morte em todos os casos envolvendo homicídio. Este tribunal fica, assim,

¹⁸ TAdHP, *Umalo Mussa*, *op. cit.*, § 104.

¹⁹ *Ally Rajabu e Outros c. Tanzânia*, 28 de Novembro de 2019), 3 §§ 104-114. Vide também Amini Juma *c. Tanzânia*, TAdHP, Petição Inicial N.º 024/2016, Acórdão de 30 de Setembro de 2021, §§ 120-131 e *Gozbert Henerico c. Tanzânia*, TAdHP, Petição Inicial N.º 056/2016, Acórdão de 10 de Janeiro de 2022, § 160.

²⁰ TAdHP, *Thomas M'Gira*, *op. cit.*,

²¹ TAdHP, *Ally Rajabu e Outros c. Tanzânia*, *op. cit.*

privado da discricção inerente a qualquer tribunal independente que deve ser exercida na apreciação tanto dos factos quanto na aplicação da lei, em particular, a forma como o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado entre os factos e a punição...»²²

24. Foi, em inúmeras ocasiões, proporcionada a oportunidade para invocar, entre outras violações, a dupla penalização que a pena de morte obrigatória implica. É uma sentença que é internacionalmente irregular e priva o juiz de poder de decisão²³.

II. As decisões relativas aos processos de *Umalo e Mgira* violam claramente os direitos dos arguidos

25. As decisões relativas aos processos de *Umalo e Mgira*, independentemente do que se possa dizer, representam uma renovação dos abusos dos direitos devido à pena capital que elas implicam. Essas decisões não reflectem as violações que a pena de morte acarreta. E a Carta Africana, importa lembrar, não é o único instrumento contra a pena de morte. Sem mencionar a abolição da pena de morte, proclama o direito à vida como algo a ser protegido²⁴.

26. É necessário, neste ponto, invocar o direito aplicável. O Artigo 3.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* protege claramente a vida:

«Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal»

27. Isto é confirmado pelo Artigo 6.º do Segundo Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos:

O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito é protegido por lei. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua vida».

28. O segundo Protocolo Facultativo visa a abolição da pena de morte, tem o seguinte teor:

²² *Idem.*, § 109 et s.

²³ Esta punição é uma reminiscência das execuções extrajudiciais dos reis mouriscos de Granada que a pintura histórica de Henry Regnault, em 1870, que é motivo de deploração (*Musée d'Orsay*, Paris).

²⁴ Vide a *declaração de voto* do Juiz Tchikaya em *Ally Rajabu e Outros c. Tanzânia*, § 22.

«Ninguém dentro da jurisdição de um Estado Parte no presente Protocolo será executado. Cada Estado Parte tomará todas as medidas necessárias para abolir a pena de morte na sua jurisdição.» (Artigo 1.º) e:

«Não são permitidas quaisquer reservas ao presente Protocolo, excepto as reservas feitas aquando da ratificação ou da adesão que prevejam a aplicação da pena de morte em tempo de guerra no caso de condenação por um crime militar extremamente grave cometido em tempo de guerra» (Artigo 2.º).

29. O Décimo Terceiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem no seu Artigo 1.º conclui que:

«A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado».

30. Anteriormente, o Protocolo N.º 13 aboliu a pena de morte em todas as circunstâncias.

31. Não há necessidade de revisitar a reprovação da pena de morte obrigatória pelo regime internacional²⁵. Esta rejeição é unânime. A pena de morte constitui uma clara violação dos direitos dos indivíduos. Pode-se, portanto, pensar que as duas decisões, *Umalo e M’Gira*, ora em análise, não escapam a esta análise. Em ambos os casos, havia razões para ir mais longe. No discurso sobre o direito do Estado de tirar a vida e sobre a responsabilidade que a sociedade tem em relação àqueles que condena, estes casos suscitam debate²⁶.

32. Não parece evidente por si só que:

²⁵ O Tribunal recorda que «a arbitrariedade da imposição obrigatória da pena de morte e a violação do direito a um julgamento equitativo é confirmada pela jurisprudência dos tribunais internacionais (...), os tribunais nacionais de alguns países africanos adoptaram esta mesma interpretação, julgando que a imposição obrigatória da pena de morte é arbitrária e em violação do devido processo; vide *Francis Karioko Muruatetu and another v. the Republic* [2017] eKLR; *Mutiso v. Republic, Criminal Appeal No. 17 of 2008, paras 8, 24, 35, 30 July 2010*. *Francis Karioko Muruatetu and another v. the Republic* [2017] eKLR; *Mutiso v. Republic, Criminal Appeal No. 17 of 2008, paras 8, 24, 35, 30 July 2010, Court of Appeal of Kenya*; *Kafantayeni v. Attorney General, 2007, MWHC 1, High Court of Malawi*; and *Attorney General v. Kigula (SC)*, [2009] UGSC 6, paras 37-45 *Supreme Court of Uganda*; Vide *Ally Rajabu c. Tanzânia*, supra, § 110.

²⁶ Esses debates iniciaram em outros continentes já no final do Século XVIII. *Cahin Caha*, África aderiu ao debate no final do regime colonial.

«O Estado Demandado não violou o direito dos Peticionários à igualdade perante a lei e o seu direito à igual protecção da lei, protegido pelo Artigo 3.º da Carta», conforme o Tribunal sugere neste processo de *M'Gira* .»

33. Não parece também evidente por si só que não houve violação do direito do Peticionário:

«Ter o seu caso ouvido; por ter demorado a decidir sobre o requerimento de revisão do acórdão do Tribunal; por não ter sido concedido o benefício do seu direito à defesa...».

34. Podem ser apresentados dois argumentos para fundamentar o raciocínio: em primeiro lugar, em termos de direitos humanos, os direitos em questão não são autónomos, estão interligados. A ineficácia de um enfraquece os outros e os torna precários. Não estão justapostos nem sobrepostos, nem são hierárquicos. O segundo argumento diz respeito ao verdadeiro significado da pena de morte. Pode ser resumido numa pergunta: Qual seria o valor de reconhecer os direitos quando é presumida a morte²⁷? A extinção da vida assinala o fim de toda a existência.

35. O contexto internacional em que as decisões de Umalo e Mgira foram proferidas é inteiramente inadequado para tais decisões. O contexto global está, de facto, em transformação e está a emergir um regime dual ao qual devem ser dadas respostas. Além disso, a moratória universal sobre a pena de morte adoptada pela comunidade internacional deve ser levada em consideração.

A. O impacto da moratória universal sobre a pena de morte

36. Em primeiro lugar, foi afirmado que o direito internacional proíbe a pena de morte e a repudia em todas as suas formas. Em segundo lugar, a comunidade internacional, já a favor da abolição, adoptou de forma concomitante, em Dezembro de 2022, a Resolução A/RES/77/222 relativa a uma moratória universal sobre a aplicação da pena de morte.

²⁷ Os argumentos inspirados na obra de Beccaria formaram a base da reforma do Código Penal do Grão-Ducado da Toscana, que se tornou o primeiro estado a abolir totalmente a pena de morte e a tortura.

37. A adopção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas²⁸, desta Resolução de 15 de Dezembro de 2022, não teve o impacto desejado nestas duas decisões²⁹. A Resolução de 2022 afirma, de facto, que apela a:

«Todos os Estados que ainda aplicam a pena de morte (...) devem restringir progressivamente o uso da pena de morte e reduzir o número de delitos para os quais a mesma pode ser imposta... Estabelecer uma moratória sobre as execuções com vista a abolir a pena de morte...»

38. A moratória visa a abolição da pena de morte. No que diz respeito ao direito internacional, a pena de morte envolve tratamento cruel, desumano e degradante, ou seja, uma violação do direito internacional. A pena de morte é acompanhada de uma crueldade que consiste em manter os condenados à execução no corredor da morte, muitas vezes durante muitos anos.³⁰ «Isto permitirá que países que ainda mantêm a pena de morte dêem um passo em direcção à abolição e auxiliará os abolicionistas a poupar as vidas de milhões.» A história demonstrou que, após um, dois ou três anos de uma moratória, torna-se difícil para o Estado retomar as execuções. A moratória abre muitas vezes o caminho para a abolição plena.

39. Esta abordagem poderia ter permitido ao Estado Demandado que, como muitos outros, começasse incrementalmente a abolir a pena de morte. Conforme observou o Secretário-Geral:

«Na Guiné Equatorial, uma revisão do código penal com vista à abolição da pena de morte, que foi aprovada pelo Senado (...) aguardava a aprovação final pelo Presidente. Na sua comunicação, Marrocos indicou que um novo projecto de código penal reduziria o número de disposições que prevêem a pena de morte (de 31 para 11) e que o projecto de revisão do Código de Processo Penal limitaria o âmbito de aplicação da pena de morte, exigindo que tal sentença seja pronunciada por voto unânime dos

²⁸ A votação foi de 125 votos a favor (mais 2 do que em 2020), 37 contra, 22 abstenções e 9 ausências.

²⁹ Três (3) países que se abstiveram nas rondas anteriores de votação votaram a favor da resolução: Gana, Libéria e Uganda. Entre os 32 países que se abstiveram figurava o Estado Demandado no presente processo.

³⁰ As condições de detenção dos presos no corredor da morte podem equiparar-se à tortura ou ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Os prisioneiros no corredor da morte muitas vezes procuram ser executados o mais rápido possível, a fim de escapar às abomináveis condições de detenção.

juízes. Uganda removeu a imposição obrigatória da pena de morte de várias leis penais»³¹.

40. Relativamente à universalidade da abolição da pena de morte, importa recordar, como já foi indicado, que no seu acórdão relativo à *Plataforma Continental do Mar do Norte*, o Tribunal Internacional de Justiça indicou que existe uma relação entre as normas convencionais e as normas consuetudinárias. Considerou que as convenções internacionais podiam produzir adesões consuetudinárias aplicáveis³².

B. Um regime internacional dual, em última instância, infausto

41. Esta é a questão com a qual concluímos nos casos de *Msuguri e Outros (2022)*³³. Já foi estabelecido um regime dual, sendo necessário que a manutenção da pena de morte desapareça em prol da coerência e do significado dos direitos humanos.

42. Este regime dual é lamentável. Dificulta a evolução dos direitos individuais. Os Estados que mantêm a pena de morte deram maior ênfase à sua soberania. Dizem que respeitam as decisões dos outros países que a aboliram. Por paralelismo, dizem que querem ser respeitados na sua legislação.³⁴ Estes países afirmam ter democracias fortes, sistemas judiciais e procedimentos penais garantidos que apoiam a pena de morte. Dizem também que a pena de morte não é proibida pelo direito internacional. Esta posição está em contradição com o facto de que os Estados têm o direito soberano de decidir se devem ou não mantê-la para os crimes mais graves, desde que não seja aplicada de forma sumária ou arbitrária.

³¹ Nações Unidas, *Relatório do Secretário-Geral sobre uma moratória ao uso da pena de morte*, A/77/2 74, 2022.

³² Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Case, Denmark and the Netherlands v. FRG*, 20 February 1969.

³³ «Se o Tribunal não acompanhar os avanços do direito internacional, está fadado a ser "apanhado pela brigada" do direito internacional. A doutrina e a jurisprudência dos direitos humanos notarão isso. Embora entenda a posição da maioria dos meus venerandos colegas, uma pergunta merece ser feita: Como podemos entender que o Tribunal mantém a sua jurisprudência dessa forma? Muito aquém da evolução do direito internacional aplicável. Haveria dois regimes: um favorável à plena protecção do direito à vida³⁴ e outro menos favorável³⁵. É necessária uma harmonização, Declaração de Voto, TAdHP, Marthine Christian Msuguri *c. Tanzânia*; *Ghati Mwita c. Tanzânia*; *Igola Iguna c. Tanzânia*, 1 de Dezembro de 2022.

³⁴ Para a Líbia, em particular, conforme evidenciado nas Nações Unidas, a decisão de qualquer Estado manter a pena de morte é uma manifestação do direito à liberdade. Para Marrocos, que se encontra em processo de reflexão sobre a pena de morte, a troca de pontos de vista e de posições sobre a pena de morte é um fenómeno saudável. Vide «Nações Unidas, Relatório do Secretário-Geral sobre uma moratória ao uso da pena de morte», supra.

43. Alguns Estados comportam-se como se o assunto fosse estritamente uma questão de ordenamento jurídico interno. Não é assim que está estabelecido:

- Os direitos humanos não podem ser um domínio reservado dos Estados, especialmente quando esses próprios Estados instituíram internacionalmente tais direitos.
- Quando emerge uma tendência clara, como no caso da abolição da pena de morte, a excepção que poderia ser feita pelos Estados que não aderem à tendência torna-se inaceitável, mesmo em nome da soberania. A *affectio juris* implícita na existência de uma regra de direito internacional pode ser estabelecida com base numa prática que se tornou geral³⁵. Este é o poderoso movimento a que se refere o Secretário-Geral das Nações Unidas.³⁶ Esta será a sua fonte.³⁷ A abolição da pena de morte tem um fundamento jurídico sólido no direito internacional que este Tribunal deve respeitar.

44. Durante este período, as Nações Unidas adoptou, e muitos Estados ratificaram, um grande número de instrumentos de direitos humanos, a aceitarem assim a obrigação de garantir que uma série de práticas nacionais no âmbito da justiça penal, como a pena de morte, sejam compatíveis com as normas internacionais dos direitos humanos.

Conclusão

45. Um sistema social é julgado pelo exercício do seu poder repressivo, pela maneira como vê e trata os seus desviantes e condenados. A redução das penas de morte continua a ser uma mudança de moral que podia ser considerada um objectivo. Para além dos casos de *Umalo*, *Mgira* e outros, deve-se empreender uma reflexão sobre como lograr colectivamente a protecção integral da vida, como já foi formulado no direito internacional dos direitos humanos.

³⁵ Na sua Resolução 75/183 de 15 de Dezembro de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas tomou nota de um forte movimento em direcção à abolição da pena de morte a nível mundial e do crescente número de adesões e ratificações do Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que visa a abolição da pena de morte e exortou os Estados que ainda não o haviam feito a considerarem a sua adesão ou ratificação do Protocolo.

³⁶ *Idem.*, nota 28.

³⁷ Como refere Alain Pellet, «a fonte é o sinal do “sucesso jurídico” da regra». Vide *The General Course: International Law between Sovereignty and the International Community - The Formation of International Law*, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. II, 2007, pp. 12-74.

46. Todas as democracias deixaram de executar os seus detentos no corredor da morte³⁸. Este facto histórico deve ser atribuído à evolução do direito internacional dos direitos humanos. Explica o simbolismo sociopolítico da pena capital e a sua verdadeira razão de ser. A pena capital pode ser resumida como um acto decidido pelo judiciário em nome do Estado. Assim, existe uma clara violação - no seu cerne - do direito à vida individual e dos direitos fundamentais a ele associados. Estes incluem o direito à igualdade perante a lei, o direito à defesa e o direito de exercício desses direitos. Todos estes direitos são extintos pela pena capital.



Ven. Juiz Blaise Tchikaya,
Vice-Presidente do Tribunal



³⁸ Com a surpreendente excepção dos Estados Unidos e Japão, conforme observado por Dumas (A.) e Taube (M), *E. Universalis*. Vide também Schabas (W. A.), *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Grotius Publications, Cambridge (G.B.), 1993, 384 p.; *Death Penalty: After Abolition*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2004.