

## DECLARAÇÃO DE VOTO DE VENCIDA DO VEN. JUIZ RAFÂA BEN ACHOUR

1. Lamento não poder partilhar da decisão do Tribunal de indeferir o requerimento de providências cautelares formulado pelo Peticionário XYZ, no processo que opõe o autor contra e a República do Benin (Petição N.º 59/2019).
2. O Peticionário roga ainda ao Tribunal que condene o Estado Demandado a:
  - i. A suspensão das actividades da estrutura administrativa denominada Conselho de Orientação e Supervisão (COS), criada pelo Tribunal Constitucional no dia 6 de Setembro de 2019, bem como da realização das eleições municipais e locais, até que o Tribunal profira a decisão quanto ao fundo da Petição principal.
  - ii. Coibir-se de levar a cabo qualquer acto ou acção susceptível de causar danos irreparáveis e que possa comprometer irremediavelmente a Petição principal pendente perante o Tribunal, até que este se pronuncie quanto ao fundo;
  - iii. Submeter um relatório ao Tribunal, dentro do prazo que este venha a fixar.
3. Antes de abordar o presente processo quanto ao fundo, cumpre salientar que a maioria das jurisdições internacionais está habilitada a decretar providências cautelares ou medidas de protecção, quando as circunstâncias assim o exigem<sup>1</sup>. Tal prerrogativa verificou-se já no Tribunal Permanente de Justiça Internacional (TPJI), sendo igualmente reconhecida no Tribunal Internacional de Justiça (TIJ)<sup>2</sup>, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)<sup>3</sup>, no Tribunal Interamericano dos

---

<sup>1</sup> Cf. BERNRAHDT (Rudolf, Ed), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994 ; COLLINS (Lawrence), « Provisional and Protective Measures in International Litigations », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992, Vol 234, pp.

<sup>2</sup> O n.º 1 do Artigo 41.º do Estatuto dispõe que: «O Tribunal poderá decretar, se considerar que as circunstâncias assim o exigem, quaisquer providências cautelares que devam ser adoptadas para preservar os direitos respectivos de qualquer das partes.»

<sup>3</sup> O Artigo 99.º do Regulamento do Tribunal dispõe que: 1. A Câmara, ou, conforme o caso, o Presidente da Secção ou o Juiz de turno designado nos termos do n.º 4 do presente Artigo, pode, a

Direitos Humanos<sup>4</sup>, no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>5</sup> e no Tribunal de Justiça da Comunidade da CEDEAO (TJCC)<sup>6</sup>. Do mesmo modo, essa competência encontra-se prevista em determinados órgãos de natureza «parajurisdicional», designadamente o Comité dos Direitos

---

pedido de uma das partes ou de qualquer outra pessoa interessada, ou por iniciativa própria, indicar às partes quaisquer providências cautelares que considere necessário adoptar no interesse das partes ou para assegurar o bom desenrolar do processo. 2. Sempre que tal se revele necessário, o Comité de Ministros será informado de imediato das providências adoptadas no âmbito de um processo. 3. A Câmara, ou, conforme o caso, o Presidente da Secção ou o Juiz de turno designado nos termos do n.º 4 da presente disposição, pode convidar as partes a fornecer informações complementares sobre qualquer questão relacionada com a execução das providências cautelares indicadas. 4. O Presidente do Tribunal pode designar os Vice-Presidentes das Secções como Juízes de turno, com competência para decidir sobre pedidos de adopção de providências cautelares.

<sup>4</sup> O Artigo 63.º, n.º 2, da Convenção dispõe que: «Em casos de gravidade e urgência extremas, e quando tal se mostre necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, o Tribunal adoptará as providências cautelares que considere pertinentes relativamente às matérias que tenha sob a sua apreciação. Quanto a um processo ainda não submetido à apreciação do Tribunal, este poderá intervir a requerimento da Comissão.»

O Artigo 25.º, parágrafo 1 do Regulamento Interno dispõe que: 1. Em qualquer fase dos autos, perante circunstâncias de urgência extrema e gravidade, e sempre que se revele necessário salvaguardar as pessoas de danos irreparáveis, o Tribunal pode, por sua própria iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, ao abrigo do disposto no n.º 2 do Artigo 63.º da Convenção, ordenar as providências cautelares que considere adequadas. »

<sup>5</sup> O Artigo 160.º do Regulamento do Tribunal: «1. Um pedido de suspensão da execução de qualquer medida adoptada por uma instituição, apresentado nos termos do Artigo 278.º do TFUE ou do Artigo 157.º do TCEEA, só será admissível se o petionário tiver interposto uma acção para impugnar essa medida junto do Tribunal. 2. Um pedido relativo a qualquer das outras providências cautelares previstas no Artigo 279.º do TFUE só será admissível se for apresentado por uma parte num processo pendente no Tribunal e disser respeito a esse mesmo processo.

<sup>6</sup> O Artigo 79.º do Regulamento dispõe que: 1. Uma petição apresentada ao abrigo do Artigo 20.º do Protocolo deve indicar o objecto do processo, as circunstâncias que originam a urgência e os fundamentos de facto e de direito que estabelecem uma aparência de bom direito (*prima facie*) quanto às providências cautelares requeridas. 2. A petição deve ser apresentada em documento separado e em conformidade com as disposições dos Artigos 32.º e 33.º do presente Regulamento.

Humanos<sup>7</sup>, o Comité contra a Tortura<sup>8</sup> e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos<sup>9</sup>.

4. O texto de referência do presente Tribunal em matéria de providências cautelares encontra-se consagrado no n.º 2 do Artigo 27.º do Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo à criação de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, de 9 de Junho de 1998 (denominado a seguir como «o Protocolo»), que dispõe nos seguintes termos:

«Em casos de extrema gravidade ou urgência, e quando for necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, o Tribunal adoptará as providências cautelares que considere necessárias.»

5. Por seu lado, o n.º 1 do Artigo 51.º do Regulamento do Tribunal clarifica a disposição supra do Protocolo da seguinte forma:

«Nos termos do n.º 2 do Artigo 27.º do Protocolo, o Tribunal pode, a pedido de uma das partes, da Comissão ou por iniciativa própria, ordenar às partes a adopção de quaisquer providências cautelares que considere necessárias no interesse das partes ou da justiça.»

---

<sup>7</sup> O Artigo 92.º do Regulamento do Comissão dispõe que: 1 «Previamente à comunicação do seu juízo final ao Estado Parte em causa, o Comité poderá dar conhecimento a esse Estado da sua posição quanto à necessidade de adopção de providências cautelares, a fim de prevenir danos de natureza irreparável à vítima da violação alegada. Ao assim agir, o Comité esclarece ao Estado Parte que o enunciado do seu entendimento relativamente à adopção dessas providências cautelares não representa qualquer pronúncia sobre o mérito da comunicação.»

<sup>8</sup> O Artigo 114.º, parágrafo 1 do Regulamento Interno dispõe que: 1. «A qualquer momento após a recepção de uma queixa, o Comité, um grupo de trabalho ou o(s) Relator(es) sobre novas queixas e providências cautelares pode(m) transmitir ao Estado Parte em causa, para apreciação urgente, um pedido no sentido de que este adopte as providências cautelares que o Comité considere necessárias para evitar danos irreparáveis à vítima ou às vítimas das alegadas violações.»

<sup>9</sup> O Artigo 98.º parágrafo 1 do Regulamento Interno da Comissão dispõe que: «A qualquer momento da tramitação da Comunicação e antes de proferida a decisão sobre o fundo, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de qualquer das partes, recomendar ao Estado Parte em causa a adopção imediata de providências cautelares sempre que a situação o justifique, com o fim de evitar danos irreparáveis à(s) vítima(s) da alegada violação.

6. No presente processo, o Requerente contesta a composição partidária do Conselho de Orientação e Supervisão (COS), atendendo à iminência das eleições, previstas, em princípio, para o primeiro trimestre de 2020, exprime o receio de que, aquando da análise do mérito da causa por este Tribunal, já seja demasiado tarde, ou seja, que o escrutínio eleitoral já tenha sido realizado.
7. Ao rejeitar o pedido de providências cautelares, o Tribunal entende que a suspensão das actividades do COS consubstancia um juízo antecipado sobre o fundo da causa e que o Peticionário não logrou demonstrar a urgência e a gravidade da situação:

«23. O Tribunal constata que o requerimento de providências cautelares destinado a suspender o funcionamento da estrutura administrativa, concretamente o COS, incide igualmente sobre a matéria de fundo cuja apreciação compete ao Tribunal em momento oportuno.

24. O Tribunal refere ainda que o Peticionário não logra fazer prova da existência de risco iminente e grave de dano irreparável passível de ser causado por esta estrutura administrativa, nos termos exigidos pelo Artigo 27.º do Protocolo.

25. Nestes termos, o pedido de providências cautelares é indeferido.

8. Divergimos do entendimento da maioria, porquanto nos parece claro que o requerimento de providências cautelares preenche ambos os requisitos previstos no n.º 2 do Artigo 27.º do Protocolo, a saber: a «gravidade ou urgência extremas» (I), e a possibilidade de «dano irreparável» (II), considerando-se que tais critérios assumem natureza cumulativa e estão reciprocamente interligados. No que concerne à afirmação de que a apreciação do pedido de providências cautelares «incide igualmente sobre a questão de fundo», trata-se de uma evidência lógica. Nenhuma apreciação relativa a providências cautelares pode abstrair do fundo da causa, ainda que a decisão sobre tais medidas não implique um juízo antecipado sobre o fundo (III).

## **I. Gravidade ou urgência extremas**

9. As providências cautelares integram o conjunto das medidas de carácter urgente que podem ser ordenadas pelas instâncias judiciais. A sua origem remonta ao direito processual interno, de onde foram transpostas para o domínio do direito internacional. No ordenamento jurídico internacional, tais providências apresentam analogias evidentes com certos mecanismos nacionais de urgência, como o processo de suspensão da execução, amplamente conhecido no direito administrativo. Como oportunamente sublinhou o Venerando Juiz Cançado Trindade, as providências cautelares assumem uma «dimensão preventiva» no contexto da protecção internacional dos direitos humanos. Segundo o mesmo autor, «estas providências constituem hoje uma verdadeira garantia jurisdicional de natureza preventiva e representam um dos aspectos mais gratificantes da acção internacional de salvaguarda dos direitos humanos fundamentais»<sup>10</sup>.
10. No que respeita às prerrogativas do Tribunal cautelares, Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (TAfDHP) para ordenar providências cautelares, o carácter de procedimento de emergência decorre expressamente do texto do Protocolo, que condiciona o exercício dessa prerrogativa à verificação de «casos de gravidade ou urgência extremas». Consequentemente, incumbe ao Tribunal apreciar se se verifica uma situação de urgência, isto é, se existe um risco real e iminente de que venha a ser praticado um acto susceptível de causar dano aos direitos do Peticionário, antes de o Tribunal proferir a sua decisão quanto ao fundo da causa. A questão consiste, portanto, em assegurar uma reacção célere e eficaz, de modo a evitar o agravamento da situação ou a produção de danos irreparáveis.

---

<sup>10</sup> CANÇADO TRINDADE (A.A), «Provisional measures in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights», Palestra apresentada no dia 2 de Julho de 2002 no âmbito da mesa redonda organizada em Estrasburgo pelo *International Institute for Human Rights* e a *University of Paris II*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26311.pdf>

11. A urgência não é, evidentemente, apreciada *in abstracto*, mas sim à luz das circunstâncias concretas do processo, tal como emergem tanto da petição relativa às providências cautelares quanto da petição principal relativa ao fundo. Um pedido de providências cautelares não pode ser apreciado pelo Tribunal se não tiver sido previamente apresentada uma petição quanto ao fundo. Todavia, para que o Tribunal possa ordenar providências cautelares, não é necessário demonstrar a ocorrência de violações efectivas da Carta ou de qualquer outro instrumento internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado Demandado, nem proferir uma decisão definitiva sobre os factos. Com efeito, o Peticionário pode, no âmbito de um pedido de providências cautelares, invocar os direitos reconhecidos pela Carta, desde que demonstre que a continuação, por parte do Estado, do acto impugnado é susceptível de privar de eficácia a futura decisão do Tribunal quanto ao fundo, tornando assim a petição desprovida de objecto.
12. No sub judice, está estabelecido *prima facie* que a composição do Conselho de Orientação e Supervisão (COS) suscita uma questão pertinente, na medida em que nenhum partido político da oposição se encontra representado nesse órgão. Acresce que a proximidade da data das eleições comunais, municipais e locais constitui um elemento determinante que o Tribunal deveria ter ponderado ao apreciar a verificação do requisito de urgência e, com base nesse fundamento, ordenado a suspensão das actividades do COS, tanto mais que é absolutamente certo que o Tribunal não poderá deliberar sobre o fundo da causa antes da realização das referidas eleições.

## **II. Danos irreparáveis**

13. O segundo critério previsto no n.º 2 do Artigo 27.º do Protocolo refere-se ao conceito de «dano irreparável». As providências cautelares que o

Tribunal está habilitado a decretar têm por finalidade obstar à ocorrência de qualquer dano irreparável às pessoas.

14. Com efeito, torna-se necessário decretar providências cautelares logo que o comportamento do Estado Demandado seja susceptível de causar ao Peticionário um dano cuja reversão ou reparação ulterior se revele extremamente difícil ou mesmo impossível de assegurar de forma adequada. Consequentemente, a finalidade das providências cautelares consiste em prevenir o agravamento do litígio e em assegurar uma administração da justiça célere e adequada.
15. Por exemplo, no processo *LaGrand*, o Tribunal Internacional de Justiça, no dia 3 de Março de 1999, proferiu uma ordem de providências cautelares pela qual exigiu aos Estados Unidos que, entre outras coisas, «tomassem todas as providências as necessárias para garantir que (os cidadãos alemães) não fossem (executados) até que fosse proferida a decisão sobre o processo». Todavia, os dois cidadãos alemães foram executados pelos Estados Unidos.
16. No processo relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerão, o Tribunal Internacional de Justiça considerou que «a manutenção da situação objecto do presente pedido expõe os seres humanos em causa à privação, sofrimento, angústia e até perigo para a vida e saúde, e, por conseguinte, a uma possibilidade real de dano irreparável», concluindo que «as circunstâncias exigem que sejam decretadas providências cautelares, nos termos do Artigo 41.º do Estatuto do Tribunal, a fim de preservar os direitos invocados»<sup>11</sup>.
17. Deste modo, conforme salientado pelo Tribunal Internacional de Justiça, «... a faculdade conferida ao Tribunal para indicar providências cautelares, ao abrigo do artigo 41.º do respetivo Estatuto, tem como finalidade

---

<sup>11</sup> ICJ: United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), Order of 15 December 1979, § 42 and 43.

assegurar a preservação dos direitos das partes enquanto se aguarda a decisão definitiva, pressupondo que não se cause qualquer prejuízo irreparável aos direitos em litígio e que não se adote qualquer iniciativa relativa às medidas contestadas que possa antecipar o juízo do Tribunal»<sup>12</sup>.

18. Na jurisprudência de todos os organismos internacionais de direitos humanos, o carácter irreparável do dano constitui elemento decisivo para a indicação de providências cautelares. Tal princípio é aplicável tanto aos tribunais<sup>13</sup> regionais como aos comités de tratados das Nações Unidas e à Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Na maioria dos casos, as providências cautelares dizem respeito a ordens de expulsão, deportação, extradição ou pena de morte<sup>14</sup>.
19. No caso sub judice - *XYZ c. a República do Benin* - o Tribunal absteve-se de apurar a data das eleições, limitando-se a declarar que «O Tribunal observa igualmente que o Peticionário não apresenta prova quanto à natureza do risco urgente e grave de dano irreparável que esta estrutura lhe poderia a ele causar, conforme exigido pelo Artigo 27.º do Protocolo». Todavia, incumbia ao próprio Tribunal proceder a tal verificação, no exercício do seu poder de investigação. Em virtude da sua missão de defesa dos direitos humanos, o Tribunal tem o dever de assegurar que a alegada violação de um direito humano não apresente potencial para provocar um dano de natureza irreparável, e que essa violação não se encontre já, em grande medida, consumada no momento da apreciação do fundo da causa. Ao não proceder dessa forma, o Tribunal corre o risco de se confrontar com uma petição que tenha perdido o seu objecto. Como bem assinala o Venerando

---

<sup>12</sup> ICJ: *Case concerning jurisdiction over fisheries (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 17 August 1972

<sup>13</sup> A título ilustrativo, TEDH recebeu, em 2018, 1 540 requerimentos de providências cautelares, contra 1 683 em 2017. O Tribunal deu provimento a 143 requerimentos (face a 117 em 2017, representando um aumento de 22%) e indeferiu 486 (em comparação com 533 em 2017, uma redução de 9%). Os restantes pedidos recaíram fora do âmbito do Artigo 39.º do Regulamento do Tribunal. Cerca de 59% dos requerimentos apresentados diziam respeito a casos de deportação ou imigração. Fonte: ECHR, 2018 Statistical Analysis. [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2018\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_FRA.pdf)

<sup>14</sup> OUMBA (Perfect), "International Jurisdictions and Emergency Procedures in Human Rights Matters", *African Human Rights Journal (Cahier africain des droits de l'homme)* 2011, pp. 341-366

Juiz Cançado Trindade, «o objecto das medidas de prevenção ou cautelares no contencioso internacional (no âmbito do direito internacional público) é bem conhecido: trata-se de preservar os direitos invocados por uma das partes quanto ao fundo da causa, evitando assim que o processo se torne desprovido de objecto e eficácia, e que o resultado final do julgamento seja frustrado».<sup>15</sup>

### **III. A ordem de providências cautelares não constitui uma antecipação do julgamento quanto ao mérito**

20. Por natureza, a medida adoptada pelo Tribunal é essencialmente de carácter provisório. Isto significa que a medida não possui carácter definitivo e pode ser reapreciada ou mesmo revogada a qualquer momento, se o Tribunal, ponderadas as circunstâncias do caso, considerar tal decisão necessária. Esta característica decorre da própria essência das providências cautelares e do poder discricionário de que o Tribunal é investido para decidir a sua adopção.
21. Como tem sido reiteradamente afirmado na sua jurisprudência, o exercício desse poder depende das particularidades de cada caso concreto. Assim, não é possível apreciar um pedido de providências cautelares de modo autónomo, sem referência aos elementos relativos ao fundo da causa; o que, no caso sub judice, se afiguraria inviável. Para aferir a pertinência de tal pedido, o Tribunal deve necessariamente considerar a gravidade da petição principal, a natureza e a extensão das alegadas violações de direitos humanos e as circunstâncias em que ocorreram, entre outros factores pertinentes. Conforme o próprio Tribunal tem reafirmado em decisões suas posteriores, «o Tribunal tem competência decidir, em cada caso, se, à luz das circunstâncias particulares, deve exercer a jurisdição que lhe é conferida pelas disposições aplicáveis.»<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> CANCADO TRINDADE (A.A). Op. Cit, p. 14

<sup>16</sup> *Suy Bi Gohore Emile e Outros c. a República de Côte d'Ivoire*, Petição N.º 44/2019, Despacho de providências cautelares, 28 de Novembro de 2019

22. De igual modo, o Tribunal tem reiterado em todas as suas decisões que “a presente decisão relativa a providências cautelares mantém natureza provisória e não prejudica as conclusões do Tribunal sobre o mérito da causa. «<sup>17</sup>Consequentemente, no caso em apreço, o Tribunal não estava obrigado a indeferir a petição com o fundamento de que esta incidia igualmente sobre o fundo da causa.» Tal é evidente. Qualquer requerimento de providências cautelares incide inevitavelmente sobre elementos conexos com o fundo da causa, contudo não o antecipa nem o sujeita a qualquer prejulgamento. É precisamente esta distinção que gostaríamos que o Tribunal tivesse consagrado expressamente na presente decisão.



**Rafaâ Ben Achour**



---

<sup>17</sup> Idem