

AFRICAN UNION		UNION AFRICAINE
الاتحاد الأفريقي		UNIÃO AFRICANA
AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS		

TANGANYIKA LAW SOCIETY (ORDEM DOS ADVOGADOS DE TANGANYIKA) E

**THE LEGAL AND HUMAN RIGHTS CENTRE E (CENTRO JURÍDICO E DE
DIREITOS HUMANOS) &**

REV. CHRISTOPHER MTIKILA C. A REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA

(PETIÇÕES N.º 009/2011 E N.º 011/2011)

DECLARAÇÃO DE VOTO DO VEN. JUIZ GÉRARD NIYUNGEKO

1. Estou de acordo com a decisão do Tribunal no caso *Tanganyika Law Society e Legal and Human Rights Centre & Rev. Christopher Mtikila c. a República Unida da Tanzânia*, tal como enunciada no parágrafo 126 do Acórdão proferido no dia 14 de Junho de 2013. Não acompanho, porém, o entendimento do Tribunal relativamente a duas questões específicas: em primeiro lugar, quanto à ordem de tratamento das matérias respeitantes à competência jurisdicional do Tribunal e à admissibilidade da Petição; e, em segundo lugar, quanto aos fundamentos e à linha de raciocínio seguidos na apreciação da sua competência *ratione temporis*.
 - I. **Ordem de apreciação das questões relativas à competência jurisdicional do Tribunal e à admissibilidade da Petição**

2. Após proceder a uma síntese das alegações das Partes relativas à admissibilidade da Petição e à competência *ratione temporis* do Tribunal (parágrafos 80 e 81), o Tribunal apreciou essas duas questões seguindo a mesma ordem (parágrafos 82 a 88). De igual modo, o Tribunal estruturou as suas conclusões relativas a essas matérias seguindo a mesma sequência (parágrafo 126 do Acórdão).
3. Cumpre salientar que se trata da primeira vez, na prática jurisdicional do Tribunal, em que um processo é analisado iniciando-se pela apreciação da admissibilidade da petição. Em todas as suas decisões anteriormente proferidas desde 2009, o Tribunal procurou sempre assegurar *in limine* que dispunha de competência para conhecer do processo, independentemente de ter sido ou não suscitada qualquer objecção nesse sentido por uma das Partes¹. Nestas circunstâncias, seria legítimo esperar que, no acórdão proferido no presente processo, o Tribunal tivesse indicado, ainda que de forma incidental, as razões que explicam esta alteração de abordagem. A ausência de tal fundamentação transmite uma impressão de incoerência e de falta de consistência jurisprudencial. Lamentavelmente, o acórdão permanece silencioso quanto a esta questão. Uma das consequências dessa alteração ou oscilação inexplicada na prática do Tribunal será deixar as Partes na incerteza quanto à questão jurídica que deverá doravante ser apreciada em primeiro lugar, aquando da apresentação de uma petição ou da formulação de alegações perante o Tribunal. Tal incerteza é susceptível de gerar confusão desnecessária.
4. Em qualquer caso, esta alteração de abordagem suscita uma *questão de princípio*: será possível que o Tribunal comece por apreciar a admissibilidade de uma petição sem antes se assegurar de que dispõe de competência para conhecer da mesma? No nosso entendimento, a resposta a tal questão é necessariamente negativa, por várias ordens de razão.
Desde logo, não se deve perder de vista *que a competência do Tribunal não é de natureza geral nem automática; trata-se de uma competência conferida, sujeita a determinadas condições e, por isso mesmo, intrinsecamente limitada.*

¹ As decisões do Tribunal estão acessíveis ao público através do sítio electrónico do próprio Tribunal: www.african-court.org

Um magistrado investido dessa competência não pode pronunciar-se sobre qualquer aspecto da petição sem previamente certificar-se de que dispõe da competência necessária.

Em segundo lugar, deve ter-se presente que, *enquanto a competência jurisdicional se refere aos poderes conferidos ao juiz, a admissibilidade da petição integra os elementos constitutivos da própria petição, tal como sucede com o mérito*. Nestas circunstâncias, poderá um juiz iniciar a apreciação de um determinado aspecto de uma petição sem antes verificar se se encontra habilitado a conhecer da petição na sua globalidade? Poderá considerar-se razoável apreciar o pedido formulado sem antes verificar se dispõe da competência necessária para o efeito? A lógica e o bom senso impõem que o Tribunal, antes de mais, se certifique de que dispõe de competência jurisdicional antes de proceder à apreciação da admissibilidade da petição.

5. Tal entendimento encontra ainda respaldo, ademais, *na própria redacção do Artigo 39.º do Regulamento do Tribunal*, a qual prevê que estas questões sejam apreciadas pela seguinte ordem: Exame preliminar da competência do Tribunal e da *admissibilidade* das petições» (itálico aditado). Esta disposição evidencia de forma inequívoca a intenção inicial do Tribunal quanto à ordem de apreciação das questões relativas à competência jurisdicional e à admissibilidade.
6. Na prática, a única fase processual que deve anteceder a determinação da competência jurisdicional do Tribunal é a recepção e o registo da petição pelo Cartório Judicial, após verificação de que o seu conteúdo está em conformidade com as disposições do Artigo 34.º do Regulamento do Tribunal. Todavia, a recepção da petição não deve ser equiparada à sua admissibilidade, a qual se insere na esfera da competência jurisdicional do Tribunal e é, por conseguinte, apreciada posteriormente, nos termos do Artigo 56.º da Carta e do Artigo 40.º do Regulamento do Tribunal.
7. À luz das considerações que antecedem, o Tribunal deve, e deverá doravante, pronunciar-se previamente sobre a sua competência jurisdicional antes de apreciar a petição submetida à sua consideração, salvo se razões imperiosas justificarem o afastamento desse procedimento normal.

II. Determinação da competência *ratione temporis* do Tribunal

8. No que respeita à competência do Tribunal, o Estado Demandado suscitou uma objecção quanto à competência *ratione temporis* do Tribunal, com fundamento no facto de a alegada violação (proibição de candidatos independentes nas eleições presidenciais, legislativas e locais) ter ocorrido, no seu caso, antes da entrada em vigor do Protocolo que estatui o Tribunal (alínea 3) do parágrafo 80 do Acórdão).
9. Conforme consignado no acórdão, o 2.º Peticionário contestou as alegações do Estado Demandado supra nos seguintes termos:

«... deve ser estabelecida uma distinção entre disposições normativas e disposições institucionais. Os direitos cuja protecção é pretendida encontram-se consagrados na Carta, da qual o Estado Demandado já era Parte à data da alegada violação; o *Protocolo, que entrou em vigor posteriormente, constitui apenas o mecanismo destinado a assegurar a protecção desses direitos*. Enquanto a Carta consagra direitos, o Protocolo estabelece o mecanismo institucional para a sua aplicação. O Peticionário afirmou que a criação dos direitos não decorre da ratificação do Protocolo, uma vez que estes já estavam consagrados na Carta, tendo o Estado Demandado violado esses direitos e persistindo nessa prática. A questão da retroactividade não se coloca, por conseguinte» (itálico acrescentado) (alínea 3) do parágrafo 81).
10. Aparentemente fundando-se nesses argumentos apresentados pelo 2.º Peticionário para responder à referida objecção, o Tribunal rejeitou-a, em particular, com base nos dois fundamentos seguintes:

«Os direitos que se alega terem sido violados encontram-se protegidos pela Carta. À data da alegada violação, o Estado Demandado já tinha ratificado a Carta e encontrava-se, por conseguinte, juridicamente vinculado pelas suas disposições. A Carta encontrava-se em vigor e existia, por conseguinte, à data da alegada violação, um dever do Estado Demandado de proteger esses direitos.

No momento em que o Protocolo foi ratificado pelo Estado Demandado e entrou em vigor relativamente a este, a alegada violação era contínua e continua a sê-

lo, uma vez que os candidatos independentes continuam impedidos de se candidatarem ao cargo de Presidente ou de concorrerem às eleições parlamentares e das autarquias locais...» (Parágrafo 84 do Acórdão).

11. O segundo fundamento invocado pelo Tribunal (relativo ao carácter contínuo da violação) revela-se pertinente e não suscita qualquer dificuldade relevante. Em contrapartida, o primeiro fundamento (relativo à ratificação prévia da Carta) é de compreensão problemática e introduz confusão quando confrontado com a objecção concreta formulada pelo Estado Demandado. Com efeito, enquanto a objecção do Estado Demandado se baseia na *data de entrada em vigor do Protocolo* que institui o Tribunal, a resposta do Tribunal consiste em invocar a *data de entrada em vigor da Carta*, elemento que não foi posto em causa pelo Estado Demandado. Não se vislumbra claramente que conclusão o Tribunal extrai da data de entrada em vigor da Carta no que respeita ao argumento do Estado Demandado relativo à não retroactividade do Protocolo.
12. No meu entendimento, para dar resposta de forma cabal ao argumento suscitado pelo Segundo Peticionário, o Tribunal deveria ter sido inequívoco neste ponto e indicado expressamente que, embora o Estado Demandado já estivesse vinculado pela Carta, o Tribunal carecia de competência *ratione temporis* relativamente ao Estado enquanto o Protocolo que lhe confere a competência jurisdicional não tivesse ainda produzido efeitos (salvo, naturalmente, se fosse invocado o argumento da alegada violação contínua). Tal precisão se revela tanto mais necessário quanto, no que respeita à aplicação do princípio da não retroactividade dos tratados, o 2.º Peticionário parece introduzir uma distinção entre tratados de natureza normativa e tratados de natureza institucional (*supra*, parágrafo 9).
13. Todavia, essa distinção - que parece pressupor que apenas a data de entrada em vigor dos tratados que consagram direitos substantivos é juridicamente relevante (em detrimento dos tratados que criam instituições de fiscalização) - não encontra respaldo no direito internacional. Com efeito, ainda que, no caso *sub judice*, o Protocolo institua um mecanismo institucional para a protecção dos direitos substantivos consagrados na Carta, não deixa, por isso, de constituir

«um tratado» na acepção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969. Artigo 2.º. A alínea a) do Artigo 1.º da Convenção dispõe que «'tratado' designa um *acordo internacional celebrado entre Estados* sob forma escrita e regido pelo direito internacional, quer esteja consubstanciado num instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, *seja qual for a sua designação específica*» (itálico aditado). Desta definição resulta, por um lado, que qualquer acordo internacional escrito celebrado entre Estados constitui um tratado, independentemente de consagrar normas substantivas ou de instituir mecanismos institucionais; e, por outro lado, que a denominação atribuída ao instrumento é juridicamente irrelevante.

14. O Protocolo que institui o Tribunal configura um tratado na acepção da Convenção de Viena, pelo que todas as disposições desta lhe são, consequentemente, aplicáveis. A disposição pertinente para a questão em apreço é o Artigo 28.º da Convenção, que consagra o princípio da não retroactividade dos tratados, nos seguintes termos: «Salvo se uma intenção diferente resultar do tratado ou se essa intenção estiver de outro modo estabelecida, as suas disposições não vinculam uma parte relativamente a qualquer acto ou facto ocorrido, nem a qualquer situação que tenha cessado de existir, antes da data de entrada em vigor do tratado relativamente a essa parte». Para contornar a aplicação do princípio da não retroactividade no presente caso, o 2.º Peticionário não invoca qualquer intenção diferente das Partes decorrente do Protocolo, nem tão-pouco uma intenção diversa de outro modo estabelecida.
15. Com efeito, para determinar a competência *ratione temporis* do Tribunal num caso como o presente, impõe-se uma consideração cumulativa das datas de entrada em vigor, relativamente ao Estado Demandado, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, do Protocolo que institui o Tribunal e da Declaração facultativa prevista no n.º 6 do Artigo 34.º do Protocolo, mediante a qual o Estado reconhece a competência do Tribunal para receber petições interpostas por particulares e organizações não governamentais. Caso a alegada violação tivesse ocorrido antes de qualquer uma dessas datas determinantes, o princípio da não retroactividade teria plena aplicação, pouco importando que a alegada violação se tivesse verificado após as restantes datas.

16. No âmbito do presente processo, e relativamente à questão ora submetida à apreciação, a consideração da data de entrada em vigor do Protocolo em relação ao Estado Demandado assume particular relevância, uma vez que é esse Protocolo que confere, de forma específica, a competência jurisdicional em matéria de contencioso ao Tribunal (*cf.* Artigos 3.º e 5.º do Protocolo). De que modo seria possível apreciar uma objecção que contesta a competência jurisdicional do Tribunal sem atender à data de entrada em vigor do Protocolo que precisamente lhe confere essa competência? Entendo que tal se revela simplesmente inconcebível.
17. Sou de parecer, mais uma vez, que, para dar resposta adequada ao argumento específico suscitado pelo 2.º Peticionário, o Tribunal deveria ter acolhido, de forma expressa, a posição do Estado Demandado, esclarecendo que a data relevante a considerar, para efeitos de determinação da competência *ratione temporis* no processo *sub judice*, seria a da entrada em vigor do Protocolo constitutivo do Tribunal, podendo apenas em momento subsequente sustentar a sua competência jurisdicional com base no carácter continuado da violação alegada.

Juiz Gérard NIYUNGEKO

Robert Eno, Escrivão

