



Daniela Filipa dos Santos Azevedo

OS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO INTERNACIONAL

Mestrado em Direito / Menção em Ciências Jurídico-Criminais

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Daniela Filipa dos Santos Azevedo

Os Crimes Sexuais no Direito Internacional
Sexual Crimes in International Law

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2018

*"Queriam que ela fosse do lar,
mas ela era do ler,
com essa liberdade,
ela era de onde quisesse ser."*

Allê Barbosa

Ao Rúben, um Obrigada por tudo!

A todas as "vítimas" aqui retratadas e a mais algumas!

Agradecimentos

No momento em que decidi enveredar por este tema estava longe de imaginar os obstáculos com que me iria deparar e o quanto ia exigir de mim. Por isso, queria aproveitar para agradecer a quem me acompanhou neste longo trilha. Um obrigada à minha mãe por todos os sacrifícios feitos em prol do meu sucesso. À Ângela e ao Rui por terem sido o meu “porto de abrigo” em todos os sentidos da palavra. E finalmente um agradecimento final, ao Doutor Pedro Caeiro, não só pelos conselhos dados durante a elaboração desta exposição, mas também por toda a partilha de sabedoria durante as aulas de Direito Penal Internacional, que me levaram a despertar o interesse neste tema.

RESUMO

A análise aqui efectuada começa por atender ao fenómeno do feminismo enquanto movimento social que apesar de diversificado, tem como um dos objectivos a atingir, o fim das estruturas patriarcais, cujo pilar central se baseia na violência de género. Como tal, procedemos à desconstrução da categoria género, que se afigura como uma representação que a sociedade efectua das nossas diferenças biológicas. Estas mesmas diferenças, que à partida, não apresentam consequências surgem como um dos grandes responsáveis pela discriminação de que é alvo a mulher comparativamente ao homem e que em consequência se traduzem na prática de crimes contra si, entre os quais os de cariz sexual. Sendo os conflitos armados, um território onde se privilegia o vigor físico enquanto símbolo da masculinidade dos soldados, a execução de crimes sexuais surge como um desfecho inevitável da junção desses ingredientes, como uma espécie de efeito natural dos conflitos armados ou mesmo como uma espécie de bónus para a prestação dos soldados em campo. Passamos a analisar posteriormente o modo como a violência sexual foi interpretada e analisada nos diversos tribunais internacionais e no fim, como evoluiu a responsabilidade criminal ao nível dos intervenientes da cadeia de militar, quer no que respeita aos pressupostos da responsabilidade comando, quer perante a Joint Criminal Enterprise.

Palavras-chave: Feminismo - Violência de Género - Crimes Sexuais – Conflitos Armados - Responsabilidade Criminal - Joint Criminal Enterprise

ABSTRACT

The analysis made here begins by looking at the phenomenon of feminism as a social movement that although diversified, has as one of the objectives, the end of patriarchal structures, whose central pillar is based on gender violence. As such, we proceed to the deconstruction of the gender category, which appears essentially as a representation that society makes of our biological differences. These same differences, which have no consequences at the outset, appear as one of the main causes of discrimination against women compared to men, and which consequently result in crimes against them, including sexual offenses. The armed conflicts, a territory where physical vigor is a symbol of the masculinity of soldiers, the practice of sexual crimes arises as an inevitable consequence of the combination of these ingredients, sort of a natural consequence of the conflicts or even as a bonus for soldiers in the field. We went on to analyze later how sexual violence was interpreted and analyzed in the various international courts and, in the end, how the criminal responsibility at the level of the various actors in the chain of command evolved, not only at the level of the assumptions of command responsibility but also towards the joint criminal enterprise.

Keywords: Feminism - Gender Violence - Sexual Crimes – Armed Conflicts - Criminal Responsibility - Joint Criminal Enterprise

Nota: Esta dissertação foi escrita sem observar as regras do novo acordo ortográfico

Siglas e Abreviaturas

AFRC - Conselho Revolucionário das Forças Armadas

CAR - República Centro-Africana

CEDAW- Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres

CICV - Comitê Internacional da Cruz Vermelha

DRC – República Democrática do Congo

ECCC - Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

FIDH - Federação Internacional dos Direitos Humanos

FPLC - Forças Patrióticas para a Libertação do Congo

HVO - Conselho de Defesa da Croácia

IHL – Direito Internacional Humanitário

JCE – Empresa Criminal Conjunta

N.Y. TIMES - The New York Times

MLC – Movimento de Libertação do Congo

MRND - Movimento Republicano Nacional por Democracia e Desenvolvimento

RUF - Frente Revolucionária Unida

SCSL - Tribunal Especial para Serra Leoa

TPIJ - Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia

TPI/ ICC – Tribunal Penal Internacional

TPIR - Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ONU – Organização das Nações Unidas

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

INDICE

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
Siglas e Abreviaturas	7
Introdução	9
1- O Feminismo enquanto Movimento Social e Político	12
1.1. Contributo histórico	12
1.2. As ondas do feminismo.....	16
1.3. A importância de uma definição	22
2. O sexo, o género e a sociedade	26
2.1. Distinguindo sexo e género.....	26
2.2. O patriarcado como construção social	30
2.3. A violência de género no domínio sexual	34
3. A violência sexual na cena internacional	39
3.1. A impunidade e a punição da violação como ofensa à honra	39
3.2. O problema dos conflitos armados, a discriminação e o início da punição da violação como crime de guerra.....	41
3.2.1. Violação como crime contra a humanidade	47
3.2.2. O crime de violação como tratamento desumano e tortura	49
3.2.3. O crime de violação como genocídio.....	55
3.3. A definição de violação resultante da jurisprudência dos tribunais internacionais.....	61
3.4. A escravatura sexual: considerações gerais	73
3.4.1. A escravatura sexual como crime contra humanidade	75
3.5. Casamento forçado e escravatura sexual.....	86
4.1. Os pressupostos da responsabilidade criminal	99
4.2. Joint Criminal Enterprise	123
Conclusão.....	135
Bibliografia	142
Jurisprudência	154

Introdução

Na época actual tem sido discutido o significado do movimento feminista, os seus ideais foram interpretados de diversas formas extremistas e resultou no desaparecimento, ou pelo menos, no ocultar da sua verdadeira essência, que passa pela simples premissa de lutar por uma sociedade que trata de maneira igualitária todos os seus membros.

Por isso mesmo, numa primeira fase situamos a abordagem nos diversos momentos históricos onde as mulheres tiveram um papel preponderante. Procuraram alcançar direitos iguais aos do seu par, atribuídos pelos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos, nomeadamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Por outras palavras, nesta fase tinham como objectivo o alcançar da igualdade formal independentemente do contexto de partida comparativamente ao homem. Com o avançar do tempo, já numa nova etapa, tomaram consciência que a resposta passava por atingir não a igualdade formal, mas sim a igualdade material porque as desigualdades que vivenciavam ao nível social encontravam-se conectadas com as opções tomadas ao nível legal que tinham cariz discriminatório. Este processo de consciencialização resultou numa mudança de atitude, que levou a que assumissem um comportamento mais politizado.

Outro contributo desta segunda vaga feminista, tratou-se da introdução do conceito de género. Por isso mesmo, a análise prossegue com as várias abordagens que existem ao conceito. De seguida, é exposta a forma como o género e o patriarcado se relacionam na prática da violência contra a mulher que é exacerbada pelo ambiente hostil vivido no seio dos conflitos armados. Vários são os crimes de cariz sexual aí praticados, situando-se o nosso estudo naqueles mais frequentes, a dizer, o crime de violação, a escravatura sexual e o casamento forçado. A análise foca-se nestes capítulos na problemática que cerca a elaboração de uma definição para o crime de violação, com vista a abranger as novas formas de o concretizar, incluindo os orifícios corporais que tradicionalmente não são considerados intrinsecamente sexuais, como também os casos em que o acto é praticado através da penetração através de objectos dos órgãos íntimos. O ponto alto da discussão foca-se ainda, nos vários elementos que a definição deve conter, especialmente a opção pelo elemento do consentimento em detrimento do elemento que se foca nas circunstâncias

coercivas do conflito e vice-versa. Quanto ao crime de escravatura sexual são expostas as especificidades que o permitem não só distinguir do crime de escravatura num sentido geral, como também do crime de casamento forçado, já que existe uma tendência na cena internacional de visualizar estes ilícitos com uma lente sexualizada. Por outras palavras, a escravatura sexual e o casamento forçado são compostos por elementos sexuais e elementos não sexuais, e uma abordagem moderna exige que se atente aos elementos não sexuais, que são guiados em grande parte dos casos, por uma componente de género, com vista a uma melhor distinção entre os dois, mas especialmente para se realçar os danos provocados nas vítimas de casamento forçado, confundidos com aqueles que são sofridos pelos escravos sexuais.

No que respeita à sua punição, esta passou por várias fases. Começou por se encontrar ausente da lista de infracções proibidas pelos vários estatutos dos tribunais internacionais, bem como dos vários documentos que visavam a protecção dos civis durante os conflitos armados, nomeadamente, das Convenções de Haia e das Convenções de Genebra, acrescentando a dificuldade pela punição dos seus autores. Salienta-se o facto de nem sempre em cada agressão, o autor material e o autor moral se encontrarem reunidos na mesma pessoa. Falamos dos casos em que a responsabilidade por uma infracção é não só partilhada pelo seu autor directo, como também pelo seu superior hierárquico, desde que reunidos três requisitos gerais que a lei impõe: a existência de uma relação entre superior e subordinado, o possível conhecimento do superior hierárquico acerca da prática naquele momento ou a iminente concretização de um crime por parte dos seus subordinados e a tomada por parte do superior de medidas, com vista, a prevenir ou reprimir a sua prática. Além disso, as estruturas rígidas e formais próprias das estruturas de guerra tradicionais deram lugar a conflitos que podem ser conduzidos por grupos onde o formalismo foi deixado para trás e onde é difícil identificar o líder e ainda onde os pressupostos da responsabilidade criminal de comando passam a ser difíceis de provar. Por isso, as agressões modernas partilham da possibilidade de poderem ser praticadas por uma pluralidade de sujeitos, que se reúnem com vista à prossecução de um desígnio comum, através da concretização de determinados crimes. Surge então a doutrina da Joint Criminal Enterprise, que aposta numa maior flexibilidade no que toca aos seus pressupostos, especialmente por contar com três categorias, de forma a abranger não só os crimes

embrionários, parte do objectivo inicial, mas igualmente aqueles que surgem como consequência natural e previsível do cumprimento daquele mesmo desígnio.

1- O Feminismo enquanto Movimento Social e Político

1.1. Contributo histórico

«El desarrollo de los movimientos sociales há sido una de las principales vías a través de las cuales la ciudadanía ha promovido sus derechos, intereses, reivindicaciones o demandas en las modernas sociedades.»¹

A legitimidade do feminismo continua a ser contestada por alguns sectores relevantes da sociedade. É facilmente reduzido a uma trivialidade desenvolvida por um conjunto de mulheres sem interesses próprios.² Basta atentarmos a diversos meios comunicacionais bem como às próprias relações que se vão estabelecendo no dia-a-dia. Embora transparecendo uma evolução contemporânea, a própria História não deixa de demonstrar a veracidade desta afirmação. Urge, por isso, fazermos uma viagem histórica.

Tem-se identificado como a génese do feminismo, a época da Revolução Francesa e os ideais que fomentaram o seu aparecimento. Já para Alison Jaggar, o feminismo existiu desde sempre, bastava a presença de uma mulher que discordasse do seu estado de subordinação e se manifestasse contra essas condições, para nos encontrarmos perante o fenómeno. No sentido desta afirmação, surgem as palavras de Roger Garaudy, «(...) a opressão da mulher é a primeira, no tempo, de todas as opressões, antes mesmo da das classes, que nasce com a escravatura, e da das raças, com os imperialismos de Atenas e de Roma, depois com o colonialismo ocidental.»³ Provando que o feminismo poderá ter raízes tão antigas como as da criação da própria humanidade, as ideias defendidas por Carole Pateman na sua obra, que colocam em causa toda a ficção criada em torno do

¹ LUNA, Ricardo Rodríguez (2009) Marginación y Sexismo: la exclusión del Movimiento Feminista en las Teorías de los Movimientos Sociales in NICOLÁS, Gemma; BODELÓN, Encarna Bodelón, Género y dominación críticas feministas del derecho y el poder. 1ª edição. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, p. 63

² Acerca desta afirmação atente-se às seguintes palavras: “Em quase todos os países ditos altamente industrializados se encontram hoje um ou vários movimentos de libertação da mulher. Tratado ao princípio com o benevolente desprezo que se concede às criancices (...) quanto mais o movimento se torna uma realidade social, mais endurecem as críticas a seu respeito, e benevolência e a ironia cedem o passo a uma agressividade destruidora (...)”. Esta visão tão limitada do movimento reflecte, de certa forma, a imagem que o homem detém da mulher, acabando por fundir as características dos membros ao próprio movimento. Cfr. CALAME, Mireille; OLIVEIRA, Rosiska Darcy (1976) A libertação da mulher. FORJAZ, Maria da Graça (trad.) 1ª edição. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, p.13

³ GARAUDY, Roger (1981) Para a libertação da mulher. PALMEIRIM, Manuel J. (trad.) 1ª edição. Lisboa: Publicações Dom Quixote, p.10

aclamado contrato social ganham vida. Defende a mesma, que anterior ao contrato social podemos sustentar a existência de um contrato sexual, base de toda a discriminação contra a mulher e que influenciou o respectivo contrato social. ⁴A obra expõe uma história de liberdade através da concepção de uma nova ordem civil, que na verdade esconde uma história de sujeição através do domínio das mulheres pelos homens, que sexualmente terá o poder da última palavra,⁵ por isso, os direitos presentes no assinar do acordo, entre os quais a liberdade e a igualdade, não estão ao dispor de todos os cidadãos.

Atente-se a Mary Wollstonecraft, uma das autoras durante o período revolucionário, permitiu que a sua obra “A Vindication of the Rights of Woman” desse conteúdo aos valores que ficaram gravados na História como símbolos do fenómeno revolucionário francês. Na obra, Wollstonecraft apela à libertação da mulher de toda uma imagem sentimental enquanto objectivo que o sexo feminino deveria ambicionar, para si, a sua condição carecia de ter em mente outras aspirações, como cultivar o seu lado mais intelectual e investir no seu carácter, a par do seu semelhante masculino. ⁶ Por isso, via na educação, inclusive na socialização primária por parte da família, um mecanismo que poderia impedir as mulheres de se tornarem «gentle domestic animals»⁷ por parte dos homens, tomando consciência das suas potencialidades, desta forma.

A seu par, os valores aqui enunciados inspiraram à elaboração de um documento cuja a importância fala por si, contendo no seu corpo diversos direitos de cariz político e social. A autora sofreu influência das mudanças ocorridas pela alteração do regime existente até à data, do feudalismo para o liberalismo. Esta transição implicava uma transformação ao nível dos direitos dos cidadãos, sem que por isso, esta se traduzisse na inclusão da mulher no termo cidadão. Deixando-se motivar pelos valores defendidos por esta corrente, a seu ver, não existia qualquer razão para que o sexo feminino não pudesse igualmente beneficiar das mudanças. Referimo-nos à Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã de Olympe de Gouges. Enquanto cidadã e como enuncia no preâmbulo do documento, todos estes direitos são-lhe “naturais” e “inalienáveis”, não restando, na teoria, outra alternativa que não o seu pleno respeito.

⁴ PATEMAN, Carole (1995) El contrato sexual. FEMENÍAS, M^a Luisa (trad.) 1^a edição. Barcelona: Editorial Anthropos, p. 9-10

⁵ Ibidem, p.10

⁶ WOLLSTONECRAFT, Mary, (2017) A vindication of the rights of woman, p.4. <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/wollstonecraft1792.pdf> (15 de Março de 2018)

⁷ Ibidem, p.13

O restante texto surge-nos como uma versão feminina, porém mais progressista, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada primariamente. Abre desta forma, o caminho para que as mulheres pudessem ser mais do que mães e esposas, pudessem assumir novos ofícios, e ainda para um estatuto igualitário entre homem e mulher, se quisermos entre cidadãos, em aspectos políticos, sociais e jurídicos. Tal como o liberalismo, Olympe de Gouges defendeu a propriedade privada e a liberdade individual.⁸ Para si, o essencial era a mulher deter os mesmos privilégios que o sexo masculino por isso, estamos aqui perante uma mera igualdade formal, onde a promoção na lei de direitos iguais tem lugar independentemente do contexto de partida de ambos os sexos.

Ainda que não neguemos o peso que adquiriram os valores que marcaram a revolução Francesa, não podemos deixar de adoptar uma postura crítica e afirmar, que o sujeito activo nas reivindicações era o sexo masculino. Neste contexto, o esforço de Olympe de Gouges ganha uma renovada importância, se o considerarmos como o primeiro documento que apresenta traços do que é actualmente concebido como feminismo. O contributo feminino foi bastante multifacetado, «não apenas participantes, mas fermento de todas as grandes jornadas que marcaram o compasso das etapas da vitória do mundo novo».⁹ Conquanto, as suas lutas encontravam-se limitadas à partida, além de não terem visado as mulheres na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada na Assembleia, o homem, branco e proprietário era o seu protagonista.¹⁰ Na verdade, os direitos que nela foram inscritos eram parciais e limitados no seu conteúdo útil. Como poderia, assim, alcançar-se uma verdadeira liberdade se o outro com quem estabelecia uma relação não o era? As ideias defendidas por Gouges ficaram, portanto, restritas ao universo imaginário feminino, não tendo naquele momento histórico alcançado um patamar prático. Os nomes mais sonantes das lutas feministas tiveram desfechos trágicos, mostrando terem aspirações à frente do seu tempo. Ainda assim, as disputas perduraram e aos poucos, a mulher foi adoptando novas formas de estar na sociedade, nomeadamente através da escrita,

⁸ MILLETT, Kate (1974) *Política Sexual*. CONCEIÇÃO, Gisela; SAMPAIO, Alice; TORRES, Manuela (trad.) 1ª edição. Lisboa: Publicações Dom Quixote, p.19

⁹ GARAUDY, Roger (1981), op. cit., p. 30

¹⁰ *Ibidem*

constituindo clubes dedicados aos direitos femininos ou mesmo abraçando posturas masculinas, como o alistamento na vida militar.¹¹

Num espaço temporal coincidente com a Revolução Francesa, deu-se a Revolução Americana, onde mais uma vez, o sexo feminino teve um papel activo. Na sequência desta luta pela independência foi elaborada a Declaração de Independência dos Estados Unidos. Mais tarde, foi redigida igualmente a Declaração de Sentimentos, hoje comumente conhecida como a Declaração de Seneca Falls. Tratou-se de um mecanismo encontrado para que fossem ouvidas as ânsias do sexo feminino, ignoradas pelos dois grandes escritos que deram corpo aos primeiros direitos do cidadão – leia-se, homens – redigidos perante a realidade americana e francesa. A mulher teve de encontrar o seu próprio caminho para reivindicar os seus próprios direitos. E, diga-se de passagem, que este último teve o mérito de ter na sua base a concentração nos problemas das mulheres em si mesmos, por outras palavras, não teve como missão, como ocorreu com a Declaração de Independência, travar em primeiro lugar os acontecimentos históricos que inspiraram à sua criação e só num segundo plano, a concepção de direitos. De entre os valores defendidos, encontrava-se a liberdade de expressão, a igualdade perante a lei e no modo como a sociedade os vê, especialmente a garantia de uma participação equitativa nos “ofícios, profesiones y negócios”,¹² bem como o assegurar do direito ao voto ou mesmo à própria felicidade estavam entre os mesmos. Seguindo novamente a perspectiva do liberalismo e do jusnaturalismo particularmente, consideraram as autoras que qualquer preceito que colocasse em causa estes direitos seria contrário às leis da natureza que os precederam e por isso, sem força ou qualquer autoridade.¹³

¹¹ SCHMIDT, Joessane de Freitas (2012) As Mulheres na Revolução Francesa. Revista Thema, Vol. 9 nº2, p. 15-16. <http://revistathema.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/147> (8 de Março de 2018)

¹² Declaração de Seneca Falls (1848) Amnistia Internacional da Catalunha: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-senecafalls-1848.html> (24 de fevereiro de 2018)

¹³ Ibidem

1.2. As ondas do feminismo

Tem-se identificado este período histórico como início da primeira onda do feminismo, o apelidado movimento sufragista.¹⁴ O direito ao voto era a preocupação principal que movia os elementos do conjunto. Foi ainda o resultado do movimento abolicionista, que serviu como uma espécie protótipo para a formação do feminismo. As mulheres que integraram o feminismo foram aquelas que anteriormente se tinham juntado à luta de outro grupo oprimido, os negros, e foi aí que aprenderam a organizar-se, a criar campanhas de contestação e mais, conquistaram, especialmente, o direito a falar em público e a autonomia de reflexão acerca da sua condição social.¹⁵ O importante à época era a criação de leis não discriminatórias que atribuíssem direitos iguais aos dois sexos, a palavra de ordem era por isso, a igualdade formal, não sendo relevante à época a desconstrução das diferenças que os separavam.¹⁶

O certo é o que empenho das sufragistas apenas teve os seus frutos depois da 1ª Guerra Mundial em que muito contribuiu o papel desempenhado por muitas mulheres durante esse período. Sendo os homens os protagonistas dos conflitos, poucos representantes masculinos ficavam na Nação, deixando a família entregue quase exclusivamente à mulher. Na ânsia de contribuir para a subsistência dos seus familiares¹⁷ ou mesmo da própria pátria, que ficava quase parada no que respeita aos meios de produção, inúmeras mulheres decidiram desempenhar funções que por norma estavam entregues apenas ao seu par.¹⁸ Ficaram responsáveis por tarefas mais pesadas, normalmente fabris, num horário mais alargado e cuja retribuição traduzia números injustamente inferiores ao seu desempenho. A partir daqui se justifica a busca, mais tardia, por um acesso igualitário à

¹⁴ Saliente-se que as várias ondas do movimento feminista podem variar de autor para autor, sendo que a delimitação que levamos a cabo reflecte a visão da maioria dos autores e a influência de cada fase sobre o material literário do período histórico identificado

¹⁵ MILLETT, Kate (1974), p. 35

¹⁶ PINHEIRO, Luana Simões (2016) Os dilemas da construção do sujeito no feminismo da pós-modernidade. ipea (instituto de pesquisa económica aplicada), p. 8-9 http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6864/1/TD_2210.pdf (9 de Março de 2018)

¹⁷ “(...) in the preindustrial era, most women were solidly integrated into the system of productive work necessary for a family’s survival (...)”. Apesar de tal afirmação se situar numa época anterior abre um precedente no que toca ao facto de a necessidade ditar uma mudança no papel social da mulher. Cfr. JAGGAR, Alison (1983) *Feminist Politics and Human Nature*. 1ª edição. Sussex: The Harvester Press, p. 3

¹⁸ “As mulheres, tendo desempenhado um papel determinante na produção e em todos os órgãos da sociedade, em virtude da falta de homens, durante as duas guerras mundiais (...)”. GARAUDY, Roger (1981), op. cit., p.43

educação, vista como a solução para a situação precária feminina. Contudo, as melhorias que se fizeram após grandes contestações ocorreram não por passar a admitir-se um estatuto igualitário entre homem e mulher, mas sim por uma questão de condescendência para com as mulheres, que necessitavam, enquanto seres à partida frágeis, de regular a sua situação laboral.¹⁹ Ainda que na base de uma fundamentação errada, tal regulação melhorou a vida das mulheres e contribuiu para uma maior independência económica.

Dentro das reivindicações que sustentavam o movimento, o direito ao voto foi o que mais se destacou quando alcançado. Ainda assim, o sucesso da sua atribuição foi parcial e o trabalho feminista ainda estava incompleto. Os direitos foram atribuídos não à mulher como um todo, mas como um ser incompleto, dependente do marido até para ser titular de direitos. É caso para afirmar “Aos homens os seus direitos e nada mais; às mulheres os seus direitos e nada menos!”²⁰ A luta pelo direito ao voto foi longa, completa de oposições e limitada, tão limitada que quando foi atingido esse objectivo não existiam novas exigências por que lutar, nem davam o verdadeiro uso ao direito que haviam conseguido conquistar.²¹ Não conseguiram encontrar um modo de o utilizar como uma plataforma para satisfazer os seus interesses directos. Além do mais, a consagração do voto feminino nunca foi aceite pela outra metade da população, e sendo ela, aquela que detém o poder, o seu exercício tornou-se cada vez mais complexo, especialmente após a grande crise económica de 1929 ou mesmo após o 2º Conflito Mundial.²² Não podemos, de igual forma, negar que o carácter burguês constituiu um dos problemas da revolução, o movimento era acusado de nunca se ter debruçado sobre os problemas mais fulcrais que afectavam as mulheres de classes mais baixas, talvez as que mais sofriam em termos de discriminação e as que possuíam menos tempo e menos capacidade para se entregarem a

¹⁹ Em “Brandeis Brief” existe uma secção especial que identifica as causas que justificam um tratamento díspar quanto a horas de trabalho, veja-se: «Long hours of labor are dangerous for women primarily because of their special physical organization (...) Besides these anatomical and physiological differences, physician are agreed that women are fundamentally weaker than men in all that makes for endurance: in muscular strength, in nervous energy, in the powers of persistent attention and application». Cfr. BRANDEIS, Louis. Brandeis Brief. Brandeis School of Law. 2ª parte, p. 18 <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety> (29 de Março de 2018)

²⁰ Susan B. Anthony, a propósito dos movimentos feministas do século XIX

²¹ FIRESTONE, Shulamith (1977) A dialética do sexo. D’AZEVEDO, Pedro Lopes (trad.). 1ª edição. Lisboa: Editora Meridiano, p. 37

²² MILLETT, Kate (1974), p. 39-40

esta luta.²³ Encontrando-se aqui a causa pela heterogeneidade que passou a caracterizar o feminismo nas suas fases seguintes.

As mudanças continuaram a ocorrer com os anos 20, nomeadamente no que respeita aos Estados Unidos, com a reconhecida emancipação feminina onde foi possibilitado à mulher a sua presença em novos espaços, espaços públicos como bares ou cabarés. Foram ainda viabilizadas relevantes mudanças ao nível da sua própria aparência, não lhe era mais vedado que seguisse uma certa imagem física. Se nos Estados Unidos e na Inglaterra, o movimento apresentava um rumo mais seguro, na União Soviética e na Alemanha nazi, não se poderá partilhar da mesma conclusão, aliás acabaram por tornar como grande objectivo a luta pelo fim do movimento feminista.²⁴ No caso específico do nazismo, pretendia-se que a mulher conciliasse a maternidade e a família com o trabalho. Sendo que no que respeita à sexualidade, esta existia com o único intuito de procriação, foi proibido o aborto e a contracepção, salvo em caso de defeito genético, para não afectar a persecução do eugenismo.²⁵ Tudo girava em torno da virilidade e por isso, não eram punidos os actos que terminassem em procriação fora do casamento, por parte do homem, o importante era contribuir para o legado alemão. Por sua vez, não era admitido tal comportamento à mulher. No que respeita, à escolha laboral encontrava-se à partida restringida porque ao contrário do que ocorria até então nos países com maior espaço para o feminismo, tentava-se obstruir o seu acesso a profissões liberais e empregos bem remunerados,²⁶ como uma forma de controlo sobre as mesmas, já que a revolução sexual era tida como uma invenção judaica.

Quanto à União Soviética, o sistema tentou travar o patriarcado, muito por conta da (re)valorização do instituto familiar. Como tal, investiu-se na liberalização do casamento e do divórcio, ou mesmo até do aborto, salvo autorização especial.²⁷ Aliás, foram inclusive promulgados importantes documentos que reconheciam o direito à auto-determinação económica, social e sexual à mulher, sendo que na prática foram instituídas medidas com o intuito de tornar mais fácil a vida feminina no que concerne à conjugação da maternidade

²³ Ibidem, p. 41

²⁴ Ibidem, p. 147-148

²⁵ Ibidem, p. 158

²⁶ Ibidem, p. 150-151

²⁷ Ibidem, p. 161-162

com o mundo laboral.²⁸ Contudo, pelos mais variados motivos, dos quais se destaca, a falta de existência de uma base ideológica que fosse suficiente para sustentar uma revolução sexual ou o facto de existir um domínio ao nível político e económico, desviava a atenção e retirava a importância deste tipo de mudanças culturais. A sociedade soviética estava acostumada a viver reprimida²⁹ e, por isso, aos poucos, algumas das medidas iniciais que beneficiavam as mulheres foram revogadas, especialmente no campo da sexualidade, onde o aborto foi proibido e cada vez mais se estabeleciam semelhanças com o que mais tarde ocorreu em território nazi.³⁰ Neste sentido, o surgimento do feminismo de segunda onda ocorreu no momento oportuno, oferecendo um rumo a estas mulheres, especialmente após serem tomadas medidas como as descritas, que restauraram a velha ordem patriarcal e anularam quase por completo as conquistas anteriores.

Por isso, esta nova fase, tendo na sua base o contexto anteriormente exposto focava-se nas desigualdades legais. Para as feministas as desigualdades que vivenciavam ao nível social encontravam-se conectadas com as opções políticas de carácter discriminatório expressas na lei. Este período ficou marcado por uma expressão emblemática que se tornou uma espécie de slogan. Referimo-nos à frase de Carol Hanisch, “o pessoal é político”, sugerindo que as mulheres adoptassem uma postura politizada e combatessem essas mesmas estruturas políticas sexistas. Nesta segunda fase do feminismo, não existiu uma resposta a todas as questões, tendo-se inclusive acrescentado algumas, o que permitiu, mais tarde, um contínuo entre a segunda e terceira onda. Pretendia-se um horizonte mais ambicioso, com o chamado movimento de libertação da mulher, que detinha o objectivo de libertar as mulheres da constante opressão em que viviam.³¹ Este focou-se nas próprias feministas e nas diferenças que as separavam e pretendeu dar resposta a algumas críticas que viam o feminismo como um movimento que visava apenas a mulher branca, de classe média e instruída porque as diversas “distinções sociais e políticas não estão baseadas na riqueza ou na posição social, mas no sexo”.³²

²⁸ Ibidem

²⁹ Ibidem, p. 162-163

³⁰ Ibidem, p. 166

³¹ A própria Jaggar chama à atenção para essa mesma mudança através da modificação das palavras chave das diversas etapas, enquanto na primeira etapa prevaleciam os termos “direitos” e “igualdade”, na segunda focou-se em “opressão” e “libertação”. Cfr. JAGGAR, Alison (1983), p. 5

³² MILLETT, Kate (1974) op. cit., 14

Introduziu ainda a noção de género, contrariando a tendência da fase anterior que validava a igualdade formal sem questionar a divisão hierarquizada vigente nas estruturas societárias.³³ Mais do que contestar as mudanças nulas que existiam nos direitos das mulheres, perante cada momento revolucionário na história da humanidade, colocou no centro do debate as relações sociais que se estabeleciam entre os sexos³⁴, mais especificamente, entre os dois géneros. Aí residindo o cerne da discriminação sexual desde sempre existente e que se propagou para outras estruturas, como a jurídica. Visava-se a quebra dos velhos valores societários, tudo aquilo que se conectasse com a imagem que se detinha de cada género, pretendia-se renovar uma sociedade que desde sempre exigiu que cada um dos sexos fosse aquilo que é expectável ao seu género e terminar com a distinção entre os sexos baseada na sua natureza biológica distinta.³⁵

Apesar de tecer críticas a diversos domínios, aquele que se destacou foi o da sexualidade, com a luta pela liberdade em relação ao seu corpo, sobretudo no que respeita à maternidade e à sua vida sexual.³⁶ Se até aqui o destino da mulher não ia além do seu papel de esposa e de mãe, com esta segunda vaga feminista, será ela mesma a deter a última palavra³⁷, uma vez, que se acreditava que esta alteração iria libertar a mulher da opressão cultural, seria um dos passos a tomar para mais tarde se chegar a um patamar de verdadeira igualdade. Defendia-se, ao contrário da fase anterior, que a igualdade entre sexos não passaria apenas pela atribuição de direitos como também pela mudança cultural, ou não fosse, a sociedade o grande motor da propagação de ideais discriminatórios. O objectivo seria quebrar os estereótipos associados à mulher e que a impediam de gozar a sua sexualidade da mesma forma que o homem, ou seja, sem limites impostos pelo controlo social.³⁸ Atrevemo-nos, por isso, a afirmar que se iniciou neste momento a busca por um patamar de igualdade material, que ultrapassasse as limitações que estavam subjacentes à igualdade formal.

³³ PINHEIRO, Luana Simões (2016), p. 9

³⁴ CALAME, Mireille; OLIVEIRA, Rosiska Darcy (1976) p. 6

³⁵ FIRESTONE, Shulamith (1977), p. 21

³⁶ GARAUDY, Roger (1981), p. 46

³⁷ A própria Beauvoir, destaca o quanto a instituição do casamento mudou, começou por ser um destino para a mulher, mas a sua obrigatoriedade deu lugar a uma escolha, com obrigações compartilhadas. No fundo, adquiriu a verdadeira natureza de um contrato. O mesmo se pode adiantar no que respeita à maternidade, que se tornou num “encargo voluntariamente assumido”. Cfr. BEAUVOIR, Simone (2015) O Segundo Sexo. MILLIET, Sérgio (trad.) 2º volume, 2ª edição, Lisboa: Quetzal Editores, p. 199

³⁸ ERIKSSON, Maria, 2010, Defining rape emerging obligations for states under international law? Örebro: Örebro University, p. 60. <http://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:317541/FULLTEXT02.pdf> (10 de Março de 2018)

A base do terceiro período feminista serviu de impulso para o emergir de outros movimentos sociais. Embora o Civil Rights Act (1968), enquanto documento que acabou com a segregação racial, proibindo a discriminação com base na cor, raça, sexo, religião ou origem nacional, tenha sido promulgado durante a segunda fase do feminismo, o fenómeno esteve longe de ter uma resposta definitiva e conduziu a uma partilha de fundamentos entre os dois movimentos.³⁹ O início desta nova etapa foi bastante heterogéneo e conduziu ao argumento de que estaríamos a viver na actualidade um novo período, o do feminismo da pós-modernidade. Para nós, não existiu uma verdadeira quebra que nos leve a crer estarmos perante uma distinta fase do movimento, não sendo surpresa que o fundamento se centre na diversidade das representantes femininas que hoje se encontram no movimento, pois algumas das feministas actuais acreditam que os modelos anteriores não as representavam na totalidade.⁴⁰ Por isso, nos dias de hoje vive-se uma heterogeneidade de posições, como o feminismo negro, o lésbico, o eco-feminismo (...) enaltecendo-se não só a diferença para com o homem, mas também entre as várias mulheres.⁴¹ Se o movimento concede relevância à base empírica fornecida pela experiência feminina no quotidiano, cair-se-ia no contrassenso ao limitar essa análise a apenas um tipo de mulher, estaria a colocar-se de parte, diversas, quiçá novas formas (in)directas de subordinação.

³⁹ «(...) Talvez porque este pesar pelo sofrimento dos negros fosse a mais ajustada tentativa das mulheres brancas (...) para enfrentar a sua própria opressão: defender a causa de um mais conspícuo oprimido é uma maneira eufemística de dizer-se a si próprio que é também oprimido». FIRESTONE, Shulamith, op. cit., p. 47

⁴⁰ Tem-se sustentado que o feminismo até então estava limitado à mulher branca e instruída. Para isso muito contribui a análise da resposta feminista aos momentos históricos que colocaram pela primeira vez os direitos humanos no cerne da questão. Veja-se que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o sujeito visado era o homem branco e proprietário e na Declaração de Independência dos Estados Unidos, o sujeito pouco se modificou. O homem branco era aquele que nascia “livre e igual em direitos”. Assim, a resposta das feministas apenas se limitou a substituir o homem pela mulher, não alterando os restantes pressupostos. “(...) Mas os Direitos do Homem, continham neles um princípio de exclusão: definiam muito bem os direitos do macho, branco e proprietário. Tal como a Declaração de Independência americana, depois de ter solenemente afirmado a igualdade de todos os seres humanos perante Deus, não abolia a escravatura (...)” Cfr. GARAUDY, Roger (1981), p. 30

⁴¹ PINHEIRO, Luana Simões (2016), pp. 15, 25

1.3. A importância de uma definição

Não será difícil chegar à conclusão na sequência dos acontecimentos históricos narrados, que o feminismo emergiu de um processo natural fruto das necessidades das suas protagonistas que o moviam para fundamentar o combate contra as desigualdades existentes entre o seu sexo e o sexo masculino.⁴² Sempre que a história dos direitos humanos sofria uma evolução positiva através da consagração de novos direitos para o cidadão, enquanto sujeito masculino universal, os direitos das mulheres não se dirigiam nesse sentido, uma vez que, simplesmente não existiam. Foi necessário, a audácia de feministas que cederam algumas vezes a sua própria vida, para se colocar a mulher num patamar igualitário face ao homem. O que foi conseguido pelo menos formalmente falando, pois, a igualdade material, essa ainda hoje carece de concretização em diversos países. Posto isto, é claro o cariz evolutivo que está patente ao movimento. Sempre que existiam mudanças nas diversas estruturas societárias, especialmente no Direito, as feministas iam adaptando o seu foco, novos valores sociais equivaliam a novas demandas, novos interesses a defender.⁴³

Será por isso vital, até para enaltecer o seu valor, tentarmos oferecer uma noção do fenómeno e que vá ao encontro do papel que deteve nos factos relatados. Assim, para Tove Dahl, «a palavra feminismo teve origem no contexto político francês do século XIX para designar os diferentes grupos que, de uma maneira ou de outra, tentaram melhorar a situação das mulheres»⁴⁴ e acrescentou que «no século XX, este conceito, por vezes, aplicou-se apenas às mulheres que, na política, salientaram as diferenças entre o homem e a mulher, ou seja, as características específicas da mulher, a sua natureza ímpar.»⁴⁵ Subtrai-se das palavras da autora que o feminismo, enquanto conceito, era anteriormente associado a pequenos grupos de mulheres que se reuniam com o intuito de lutar pelos seus direitos. Contudo, mais tarde, passou a deter verdadeiras estruturas organizativas, podendo a partir daí ser considerado um verdadeiro movimento.⁴⁶ A Declaração de Seneca Falls

⁴² GARAUDY, Roger (1981), p.43

⁴³ JAGGAR, Alison (1983), p.4

⁴⁴ DAHL, Tove Stang (1993) O Direito das Mulheres uma Introdução à Teoria do Direito Feminista. 1ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 13

⁴⁵ DAHL, Tove Stang (1993) op. cit. p. 13

⁴⁶ Saliente-se a afirmação de Jaggar: “(...) it referred to what in the 19th-century United States was called “the woman movement”: a diverse collection of groups all aimed, in one way or another, at “advancing” the

surge como o evento histórico que deu origem ao movimento feminista como é actualmente conhecido.⁴⁷

Modernamente, numa perspectiva mais sociológica poderemos identificar como parte da definição, o processo de consciencialização. Analisando mais intimamente a verdadeira natureza do movimento feminista será inevitável identificá-lo como um processo através do qual homens e mulheres tomam consciência da realidade socio-cultural que os rodeia, libertando-os dessa forma, das alienações e constrangimentos⁴⁸ que os oprimem e os impedem de criar e comportar-se conforme a sua própria identidade e não com base no papel masculino e feminino que respectivamente lhes é atribuído pela sociedade. O feminismo, por outras palavras, torna evidente as exigências que estão subjacentes a ambos os sexos, muitas vezes não flagrantes e que os impedem de ter total liberdade de ser e de estar.⁴⁹ Por isso mesmo, a sua actuação não se limita a estas representações societárias, mas abrange igualmente o nível jurídico, uma das áreas onde as representações societárias eram mais patentes.

Como se disse, o movimento feminista torna possível a percepção da realidade que rodeia a mulher, daí que será diferentemente interpretado pelas diversas mulheres. Irá variar conforme os ideais das mesmas, reflectindo a sua cultura e os ambientes sociais onde se desenvolvem. Assim, o movimento, será usado para ligar as mais diversas mulheres com os mais diversos propósitos. Apresenta, por isso, diversas variações embora todas com o mesmo objectivo, pôr termo a uma dominação masculina existente desde que a própria história tem memória. Todavia, embora detendo o mesmo objectivo, os meios para o alcançar são igualmente divergentes. O valor da igualdade será também ele diferente. Aqui se encontrando uma das disparidades entre a fase contemporânea do feminismo e a embrionária. Começou por ser um movimento que não admitia as diferenças entre os dois sexos, evolui mais tarde para uma fase que admitia somente a diferença que existe entre

position of women”, “ (...) When the word “feminism” was introduced into the United States in early 20th century, however, it was used to refer only to one particular group of women’s rights advoctes, namely that group which asserted the uniqueness of women, the mystical experience of motherhood and women’s special purity”. JAGGAR, Alison, op. cit. p. 5.

Também neste sentido, SANTOS, Maria Helena (2015) Da origem do Feminismo ao Feminismo Plural, do Mundo a Portugal in DINIZ, Debora, DIOGO, Rosália, GOMES, Patrícia, SANTOS, Maria Helena. O que é Feminismo? 1ª edição. Lisboa: Escolar Editora, p. 61

⁴⁷ MILLETT, Kate (1974) p. 15

⁴⁸ CALAME, Mireille; OLIVEIRA, Rosiska Darcy (1976), p. 5

⁴⁹ GARAUDY, Roger (1981), p. 29

ambos os sexos e hoje aceita-se que apesar de ligadas através feminismo, existem diversas discrepâncias que separam os diversos elementos do sexo feminino, não se apresentando como uma “massa homogénea”.

Para algumas mulheres o seu fim cumprir-se-á com o combate às mais flagrantes discriminações, para outras será necessária uma verdadeira reforma das estruturas societárias, agindo o feminismo como um verdadeiro instrumento de transformação social. Será a própria situação pessoal de cada uma, a opressão específica que as afecta que irá ditar o que pretendem do movimento feminista e o torna diversificado. Tenha-se a este propósito, como exemplo, o movimento de libertação das mulheres, da segunda onda do feminismo, que se cruzou temporalmente com o combate à segregação racial nos Estados Unidos. A mulher negra terá uma dupla reivindicação que passa pela libertação enquanto mulher comparativamente ao homem e enquanto mulher de raça negra em relação ao homem branco.⁵⁰ O que equivale a uma dupla discriminação, daí que não seja surpresa que enquanto feminista, a igualdade que anseia alcançar passe por uma libertação dos obstáculos que enfrenta não só enquanto mulher, mas como mulher negra.⁵¹ A diferença deve ser valorizada e principalmente respeitada. Não só ao nível da cor e do sexo, mas de todos os elementos que possam servir de base para discriminações, sob pena de poderem intensificar a opressão que se encontra historicamente subjacente a esses dois elementos.⁵² Por esta mesma característica de diversidade que lhe assiste fruto dos seus membros, o feminismo foi transformado num movimento social por seu próprio mérito e também pelo facto de servir de plataforma onde se convergem outros movimentos sociais, muito por conta da variedade de experiências pessoais que formam parte da acção.

Por razões que se têm vindo a expor, avançar modernamente para uma definição afigura-se uma tarefa ainda mais complexa. Assim, de forma abstracta podemos começar por

⁵⁰ Para conhecer melhor a ligação entre a raça e o género *vide* MACKINNON, Catharine (1995) *Only Words*. 1ª edição. Londres: Harper Collins Publishers

⁵¹ A título de curiosidade, leia-se o slogan lançado pelo movimento de libertação da mulher: «A mulher é a negra do homem branco!». GARAUDY, Roger, op. cit. p. 42.

Walby chama também à atenção acerca desta questão, afirmando que a mulher de raça negra contribui com novas questões que possam atingir as relações de género, especialmente com diferentes formas de opressão que não aquelas identificadas pela mulher branca, enquanto padrão do estudo das desigualdades sexuais. Cfr. WALBY, Sylvia (1990) *Theorizing patriarchy*. 1ª edição, Oxford: Blackwell, p. 14

⁵² É de notar, que algumas vozes sustentam que devido à diversidade encontramos-nos perante uma nova onda do feminismo, o feminismo pós-moderno. Cfr. DINIZ, Debora (2015) *Feminismo: modos de ver e mover-se* in DINIZ, Debora, DIOGO, Rosália, GOMES, Patrícia, SANTOS, Maria Helena. *O que é Feminismo?* 1ª edição. Lisboa: Escolar Editora p. 52-53

associá-lo a “uma forma de ver e mover-se no mundo”⁵³ . O feminismo que começou por conduzir o sexo feminino na busca por igualdade entre sexos e que mais tarde assumiu o papel de uma infraestrutura de estudo e de combate às construções culturais, em parte através do processo de consciencialização, hoje detém um papel mais complexo, trocando a defesa de igualdade por um direito à diferença e à valorização da mesma. Foi tomado como um instrumento na luta pessoal de cada um, assumiu os vários ideais dos seus autores e até passou a abranger novos protagonistas, uma vez que, acreditamos que após os avanços particularmente conseguidos pela segunda onda, o ser feminista deixou de ser sinónimo de ser mulher, adoptando um género neutro nos seus sujeitos activos. Também os homens se identificaram com os ideais do movimento e o passou a utilizar para fundamentar as suas próprias demandas, como movimento libertador. No fundo, o ponto de encontro entre os diferentes objectivos dos protagonistas actuais, será a união pelo fim do poder patriarcal.

Ser feminista é quebrar o naturalmente expectável e combater a correspondência entre os traços caracterizadores do sexo biologicamente atribuído e do género que nos foi imposto. Mais, é interpretar o seu sexo não como destino, mas como ponto de partida para a criação de uma identidade própria.

⁵³ DINIZ, Debora (2015), op. cit., p. 47

2. O sexo, o género e a sociedade

2.1. Distinguindo sexo e género

«A boa mãe tem de ser uma mulher, uma pessoa. E como é que se pode tornar uma pessoa se os pais a dão, inocente, fraca, incompleta, a um homem que não a olha como igual mas que a usa como objecto do qual é proprietário»

Sibilla Aleramo (1876-1960). Uma mulher.

Olhando para a citação diversas opiniões se manifestar-se-ão. Uns dirão que o que está em causa será a igualdade entre sexos. Outros irão acenar afirmativamente ao conteúdo da mesma. Haverá ainda uma terceira visão, talvez mais completa, a que coloca o ponto central da questão não no sexo, mas no conceito de género e nos seus traços caracterizadores. O certo é que o direito enquanto uma das estruturas que compõem a sociedade pode identificar-se como sendo um dos grandes responsáveis, se não, perpetuadores das diferenças que impõem uma linha divisória entre os sexos. Basta para isso, atentarmos aos diversos ordenamentos jurídicos internos para se poder subtrair polos distintos que separavam os dois. O tratamento jurídico variava assim, conforme o sujeito violador da norma de direito, e em geral parecia honrar as valorações que a própria sociedade exercia sobre as referidas diferenças biológicas. Falamos no tempo passado pois foi possível a ocorrência de uma evolução que mais tarde iremos abordar. Todavia, existe aqui uma suposição errada e que passa por identificar o sexo e o género num só. Não será assim. Não podemos negar que existem diferenças biológicas claras entre homens e mulheres, mas as mesmas assumem uma relevância que não deveriam, por conta da interpretação destas diferenças que a sociedade faz. O caminho para a eliminação deste resultado passou por duas fases que previamente já abordamos ao identificarmos o percurso do feminismo.

Num primeiro plano, exigiu-se uma valoração igualitária, como se as diferenças biológicas não existissem. Num segundo momento, percebeu-se que a solução não seria conseguida através de um caminho que visasse uma igualdade meramente formal, uma vez que, as

diferenças não deveriam ser ignoradas, a interpretação das respectivas é que teria de sofrer uma rutura. E é na interpretação cultural que deveremos situar a nossa atenção. Movemos para a discussão o conceito de género. Assim, numa descrição mais embrionária do preceito, género será nada mais nada menos que a valoração de cariz cultural, que a própria sociedade produz sobre as diferenças biológicas, sobre os dois sexos, nas palavras sábias da doutora Teresa Beleza, «o sexo biológico só assume sentido enquanto e na medida em que esse sentido lhe é socialmente atribuído».⁵⁴ Após o nascimento é-nos atribuído um sexo, com base no nosso aparelho reprodutor. Atribuída será a palavra mais correcta, já que a pertença a dado sexo não seria um destino inevitável, não fosse a nossa cultura aquela que insiste em fazer corresponder cada corpo ao género feminino ou ao género masculino, cujos traços distintivos não passam de criações da sua responsabilidade.

Se quisermos apelar ao rigor, o ser mulher só existe num sentido biológico porque no que respeita à sua caracterização, culturalmente falando, não passam de construções e em certo sentido, falaciosas, já que a mulher sob esse prisma, não existe. Como bem diria Simone de Beauvoir, «Ninguém nasce mulher: torna-se mulher». O que lhe atribui existência é, pois, a prática social de construção e de interpretação dos traços biológicos. O direito, é uma das esferas que (re)produz essas diferenças,⁵⁵ existindo uma naturalização da atribuição de dados papéis na estrutura criminal, que apresenta uma tendência para identificar o homem ao papel de delinquente e a mulher enquanto vítima. Apesar de tais características terem origem no campo da criminologia, é certo, que o jurídico, não ficou imune a estas ideias. Conquanto, para que a identificação dessa bipolarização nos discursos mencionados seja possível, as representações que se fazem dos sexos nos discursos populares e na prática social têm ali lugar primariamente, caso contrário, o criminoso e a vítima não teriam já um género pré-definido para os assumir. Vejamos, ao homem estão associadas características como, a virilidade, a força, a racionalidade já do lado feminino, temos a fragilidade, a emoção, a dependência (...) Existem outras tantas dicotomias que poderíamos associar mas o certo é que todas iriam representar o mesmo resultado, as do primeiro polo podem ser articuladas com a imagem que se tem de um criminoso, enquanto ser sombrio, perigoso graças a uma elevada destreza física, assim como as do lado oposto associadas ao sexo feminino, que enquanto vítima terá sempre uma imagem de fragilidade física e emocional,

⁵⁴ BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro (1990) *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra* (Tese de Doutoramento). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 403

⁵⁵ *Ibidem*, p. 404

que acarreta uma necessidade de defesa, naturalmente por parte do homem.⁵⁶ Retratam o velho estilo das figuras Yin e Yang, que opostas se complementam uma à outra, o mesmo acontecendo com os dois sexos segundo a visão societária.

Tenha-se como exemplo, o Código Penal Português de 1982. Atendendo aos crimes sexuais, é perceptível que a mulher era vista como o sujeito passivo, tanto no crime de violação (art. 201º) como na especificação do crime de violação de mulher inconsciente (art. 202º), especialmente este último, que pela própria epígrafe, não admite outra vítima que não a mulher frágil e indefesa. O código brasileiro, com origem mais embrionária comparativamente ao código português (corria o ano de 1940), tinha uma linha de pensamento similar à do seu sucessor, as suas previsões identificavam igualmente o sexo feminino na qualidade de vítima nos crimes sexuais, apenas dois acrescentos a salientar. O crime de posse sexual (art. 215º) e o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216º) exigiam que a mulher fosse considerada “honesta” para que pudesse beneficiar de protecção jurídica e privilegiavam a virgindade, cuja norma incriminadora apresentava uma moldura penal maior. Por isso, achamos digno de apontamento que os crimes mencionados se situem no constrangimento da liberdade sexual, no “domínio das esferas sociais”,⁵⁷ tendo a mulher como sujeito a proteger nas normas consagradas, uma vez que, a representação que se construiu culturalmente da mesma, a situa num reduto cuja a liberdade de experimentação sexual tem conotação negativa e censurável. O código brasileiro parece ter respeitado as dicotomias mencionadas quando na organização dos artigos decidiu colocar os comportamentos descritos, nos crimes contra os costumes, como uma das componentes culturais que mais contribui para a naturalização de uma certa imagem do sexo feminino.

A diferença por si só não é algo negativo, mas em combinação com o cenário descrito é confusa porque rejeita tudo o que é dado como adquirido. E mais, além de dividir em campos distintos também hierarquiza os traços característicos dos géneros, com predominância do masculino. Por isso mesmo, não é de estranhar a opção do feminismo contemporâneo em se concentrar e celebrar a diferença através da promoção da igualdade

⁵⁶ Ibidem, p. 406

⁵⁷ LEITE, Inês ferreira (2010) A Tutela Penal da Liberdade Sexual. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa, p. 2

material. Não se pretende a equiparação profunda entre os sexos, mas um tratamento que valorize de forma positiva aquilo que biologicamente é diferente.

A própria linguagem transparece uma carga sexual, insistindo na bipolarização.⁵⁸ Quer no que respeita a uma linguagem formalista, essencialmente a jurídica, como já analisamos, quer a linguagem rotineira, e para a qual contribuem os costumes societários. Analisemos o tratamento que é dado a uma mulher solteira e a uma mulher casada. Começando logo pela própria nomenclatura, através do uso da palavra “menina” no primeiro caso ou “senhora” no segundo, apesar de existirem outras razões para esta divergência (saliente-se a idade), o uso natural dos termos está associado ao matrimónio. Ser ou não casada, especialmente após atingido dado marco de idade funciona como elemento distintivo, de valoração negativa ou positiva, por parte da sociedade. Mencionamos também a título de curiosidade, alguns provérbios que compõem a cultura portuguesa e que não deixam de reflectir a imagem que a sociedade detém sobre a mulher: «A casa é das mulheres e a rua é dos homens»⁵⁹, «Antes mulher de ninguém do que amante de alguém»⁶⁰. São dois dos inúmeros ditames populares referentes ao género feminino, de conteúdo similar e em geral contrapostos à representação do homem. Foram igualmente criados termos que tiveram origem na imagem representativa do género masculino, como a palavra viril (“relativo a homem; com características consideradas próprias do homem; corajoso; destemido”)⁶¹ ou então a palavra, mulherengo (“que é muito dado a mulheres; que tem modos os gostos considerados femininos, efeminado”)⁶², enquanto determinada realidade que apenas existe no universo masculino.

A palavra género que antes do trabalho elaborado pelo feminismo da segunda vaga, mais não era do que um termo que existia para distinguir os dois sexos, foi aí tida como o termo que se utilizava para substituir o vocábulo “mulher” e foi aí observado como um modo de

⁵⁸ Demonstrando a importância da linguagem, veja-se o manual (“Comunicação Inclusa”) elaborado pelo Conselho da União Europeia, apostando na neutralidade de género http://www.consilium.europa.eu/media/35437/pt_brochure-inclusive-communication-in-the-gsc.pdf (12 de Junho de 2018)

⁵⁹ COUTO, Anabela (2005) A mulher nos provérbios e ditados populares. Jornalismo Porto Net. <https://jpn.up.pt/2005/04/26/a-mulher-nos-proverbios-e-ditados-populares/> (15 de Março de 2018)

⁶⁰ O Portal do folclore Português. <http://www.folclore-online.com/proverbios/mulheres.html#.WMIbyNSLTDC> (15 de Março de 2018)

⁶¹ Dicionário de Língua Portuguesa (2004) Porto: Porto Editora

⁶² Ibidem

“social organization of the relationship between the sexes”,⁶³ pretendia-se esclarecer o cariz ilusório da categoria género, como criação social. Rejeitando-se aqui o determinismo biológico como a base para a subordinação do género masculino sobre o feminino. Ainda segundo esta visão, o mover do género faria, assim, sobressair a construção dos “papéis sociais” e a maneira como se manifestavam, seria, por isso, uma construção social que se impunha num corpo sexuado⁶⁴.

2.2. O patriarcado como construção social

Podem apresentar-se algumas abordagens à categoria género. Na primeira surge aquela que tenta explicar a mesma através do fenómeno do patriarcado, a segunda situa a análise na tradição marxista, já a terceira divide-se entre a corrente do pós-estruturalismo francês e as teorias de origem anglo-americana das relações de objecto, inspirando-se na psicanálise para explicar a produção bem como a reprodução da identidade de género do sujeito.⁶⁵ Para a nossa análise a atenção será focada na primeira linha apresentada.

Ficou patente no capítulo anterior, a variedade de teorias feministas que existem, serão por isso, exploradas algumas das que se debruçaram sobre o problema do patriarcado e as suas causas. Para as feministas radicais, o patriarcado será um fenómeno de dominação do homem enquanto grupo sobre a mulher colectivamente considerada, e a sua origem não deriva de outros sistemas sociais que possam eventualmente contribuir para a desigualdade sexual, existe uma actuação solitária. Ainda assim, dentro desta teoria as vozes parecem dispersar-se no que respeita ao modo como o patriarcado conduz a essa dominação masculina. Enquanto um lado da questão sustenta que tem na base o controlo da sexualidade e do corpo feminino, o outro avança que é a própria violência exercida a responsável.⁶⁶

Socialmente falando, a liberdade sexual e o desejo que lhe está associado só é aceite no que ao homem diz respeito e quanto à mulher, resta acatar a imagem de feminilidade

⁶³ SCOTT, Joan (1986) Gender: A useful category of historical analysis. *The American historical review*. vol. 91, nº5, p. 1053

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1056

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1057-1058

⁶⁶ WALBY, Sylvia (1990), p. 3

construída pela sociedade, especificamente pelo homem embora não se possa negar que a própria mulher tenha o seu contributo no momento em que aceita associar-se a essa imagem e respeita os limites que lhe são impostos, ou ainda, quando não aceita aquelas que se recusam a compactuar com estas representações. Por isso, a violência contra o sexo feminino é acolhida por ser vista como um meio de controlo do comportamento feminino, e aí reside o seu limite. Aquela que vai além desse mecanismo de controlo, como a que culmina em crimes sexuais ou castigos corporais graves é censurável societariamente e deriva de problemas mentais do seu agressor.⁶⁷ Por outras palavras, toda a violência que obedeça a limites é bem-vinda e somente compadecem de problemas aqueles homens que os ultrapassam, os restantes limitam-se a consentir no papel que lhes é expectável. Tal teoria apesar de útil na compreensão do próprio fenómeno do patriarcado é limitada, já que além de não ter em consideração outros fenómenos que possam ter influenciado aquele, tendem a reduzi-lo a questões biológicas, bem como a generalizar os dois géneros, não admitindo a heterogeneidade existente dentro dos mesmos.⁶⁸

Por sua vez, o feminismo marxista possui uma abordagem diversa, contemplando o patriarcado como um sistema complexo, mas dependente. Assim, a dominação masculina tem também entre as suas causas o capitalismo, especialmente no campo laboral. Esta teoria tem em conta a relação que se estabelece no mundo do trabalho, onde existe um sujeito subordinado, se quisermos, uma classe, e outro sujeito, o subordinante, enquanto classe superior, sendo que tal estrutura relacional é similarmente reproduzida nas relações de género. Destaquemos a posição que identifica a família como a causa para a necessidade de remuneração do trabalho doméstico, ou não fosse esta, a responsável por oferecer um modo barato de ultrapassar as necessidades básicas do dia-a-dia, como a alimentação ou a indumentária e por fornecer novos trabalhadores à dita classe operária. A mulher, mãe e esposa, a principal prejudicada por esta desigual divisão sexual do trabalho, limita-se a receber em troca o título de “boa doméstica”. A crítica a esta teoria reside no facto de estar demasiado dependente do fenómeno do capitalismo para a análise do patriarcado, não sendo capaz de admitir a dinâmica independente que existe nas relações de género e de analisar essas relações em contexto pré e pós capitalismo.⁶⁹

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem, p. 4

Segue-se a terceira teoria, das feministas liberais, que identifica como causas que possam conduzir à desigualdade sexual, não as estruturas societárias e o seu modo de funcionamento, mas a soma de pequenas privações que ao longo da vida a mulher vai sofrendo. De entre essas privações há que salientar primariamente, a não atribuição de direitos iguais aos dois géneros no campo da educação e do emprego, não só se traduzindo no ocupar de posições inferiores e no disponibilizar de menores oportunidades como também o facto de existir um agravamento desta situação com pequenos comportamentos sexistas,⁷⁰ como a maior propensão que existe para o assédio sexual no trabalho. Todavia, esta é uma abordagem parcial, uma vez que, não elabora uma análise profunda ao fenómeno, não relacionando as diferentes formas como se concretiza essa soma de privações.⁷¹

Por fim, a teoria do sistema dual surge como uma espécie de junção entre ideias marxistas e o feminismo radical. Sustenta que tanto o capitalismo como o patriarcado são relevantes para o estudo das relações de género, quer autonomamente e conectados, quer numa fusão entre os dois. Neste último, o patriarcado será o responsável pela criação de um sistema de ordem e de controlo, especialmente no campo jurídico. Enquanto o capitalismo oferece um sistema económico, particularmente dominante por visar o lucro e que, por isso, as mudanças que ocorrem numa das esferas terão reflexos na outra.⁷² A crítica mais flagrante à teoria baseia-se na dificuldade de se conseguir sustentar em sede argumentativa a dualidade entre o capitalismo e o patriarcado e analisar por isso todas as estruturas que os compõem.⁷³

O próprio termo patriarcado sofreu uma evolução histórica quanto ao seu significado. Começou por ser associado ao poder paternal exercido sobre as filhas, como se pode ver pela afirmação de Max Weber, que o identifica como uma «particular form of household organization in which the father dominated other members of an extended kinship network and controlled the economic production of the household»⁷⁴ Na época em questão, a mulher vivia a vida completa sob a alçada do poder masculino, iniciava-se com o poder paternal, e após o casamento existia uma espécie de transmissão da relação de

⁷⁰ Ibidem, p. 4-5

⁷¹ Ibidem, p. 5

⁷² Ibidem, p. 5-6

⁷³ Ibidem, p. 6-7

⁷⁴ BARRETT, Michele (1986) *Women's oppression today problems in Marxism feminist analysis*. 5ª edição. Thetford, Norfolk: The Thetford Press Ltd, p. 10

subordinação, que continuava, desta feita, com o respectivo marido. Na visão de Simone de Beauvoir, enquanto o homem possui a liberdade de poder optar pelo casamento, para a mulher será uma obrigação, não só porque em tempos antigos o matrimónio não passava de uma combinação entre o futuro marido e o pai da jovem, mas porque existe um contínuo de dominação. Será para aquela um direito à existência, um modo de conseguir obter um pouco da liberdade que persiste no universo masculino⁷⁵ e que não é natural ao seu próprio sexo.

O certo é que o conceito evoluiu e assumiu, juntamente com a concepção de feminismo, um significado mais amplo. Assim, podemos mencionar neste sentido, as palavras de Sylvia Walby, que define o patriarcado como «system of social structures and practices in which men dominate, oppress and exploit women»⁷⁶. A subordinação que antes existiu, e que se expressava através de uma relação em que havia um subordinado e um subordinante, mulher e homem, respectivamente, e que se devia às diferenças biológicas, deram lugar à rejeição desse determinismo biológico e colocaram o ponto central da questão nas estruturas societárias⁷⁷, especialmente através da criação do género. Assim, o homem não estará numa posição superior pelas suas diferenças biológicas, outrora interpretadas como justificação para a subordinação sobre a mulher, mas porque a própria sociedade criou uma imagem de homem enquanto ser, se quisermos, género superior, à própria mulher.

A autora vai ainda mais longe, e identifica, de forma mais concreta, as formas como o patriarcado se estrutura. Será este composto por seis níveis e passam pelo seu próprio modo de produção, as relações patriarcais ao nível do trabalho remunerado, do Estado, da sexualidade e das instituições culturais, bem como a violência produzida pelo homem. E apesar de autónomos, cruzam-se diversas vezes e das mais variadas formas, não se apresentando incorrecta a afirmação de que ao longo da sua vida, diversas mulheres devem vivenciar vários dos níveis apresentados, quiçá simultaneamente.

Relativamente ao primeiro nível, um dos principais eixos onde se reproduz é no seio familiar, sendo que a mulher que assume o papel de mãe e esposa é aquela que se encontra mais vulnerável ou pelo menos, onde a reprodução é mais intensa. Uma vez que esta não

⁷⁵ BEAUVOIR, Simone (2015), p. 203

⁷⁶ WALBY, Sylvia (1990), op. cit., p. 20

⁷⁷ Ibidem

exerce uma profissão remunerada, todo o trabalho que realiza fica limitado ao espaço privado, e por isso sem remuneração, situando-se aqui, a gênese de grande parte da exploração ao nível económico. A outra parte, traduz-se na ocupação de posições laborais baixas e pouco classificadas, por um lado, por outro, cada vez mais, a afirmação anterior se torna uma falácia, pois nos últimos anos a mulher tem-se dedicado aos estudos, aumentando o seu grau de qualificação, ainda que o problema ao nível da remuneração se mantenha.⁷⁸ Na divisória seguinte situa-se a violência masculina cujo combate apenas há pouco tempo, tem vindo a situar-se como uma das tarefas estatais. Saliente-se a título exemplificativo, o crime de violação entre cônjuges, anteriormente desconsiderado como um ilícito e influenciado pelo campo civilista que colocava como um dos deveres conjugais, a prática de relações sexuais. Num novo eixo, mas ainda dentro do âmbito sexual, situa-se a “heterossexualidade à força”, aqui o fenómeno do patriarcado restringe as escolhas ao nível da orientação sexual e impinge que o relacionamento se concretize entre pessoas de sexo diferente, não permitindo relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo ou indivíduos cuja a orientação recai sobre os dois sexos. Por último, ao nível das estruturas culturais, situa-se o género, enquanto recriação de uma imagem feminina, tal como já exposto.⁷⁹

2.3. A violência de género no domínio sexual

No que concerne ao papel do patriarcado nas relações que se estabelecem no campo da sexualidade a nossa atenção é redobrada. Também aqui existem algumas interpretações acerca da conexão que se possa criar entre os dois. Numa das versões paira a ideia de que a sexualidade é “biologicamente inerente” à condição humana, já numa outra hipótese será uma construção social.⁸⁰ Dito isto, apesar de ser alvo de diversas interpretações, para Freud o desejo sexual era algo inerente, moldando as atitudes do indivíduo desde que nasce, atingindo o auge na puberdade. Mais, persistia na ideia de que existe uma inveja por parte do sexo feminino do órgão sexual masculino que é transformado no desejo pela maternidade, daqui surgindo a necessidade da presença do homem como sujeito para

⁷⁸ Ibidem, p. 21

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ Ibidem, p. 109

satisfazer os seus desejos. A maternidade, é assim, um mecanismo substituto e por isso, a mulher deve remeter-se à mesma e aceitar a sua inferioridade, em ordem a sentir-se realizada como tal.⁸¹ Freud confundia aquilo que era uma criação cultural com a biologia.

Apesar de existirem várias teorias que colocam em causa a argumentação de Freud destacamos a do liberalismo/interaccionismo simbólico que vê a sexualidade como algo que é socialmente moldado e não uma necessidade que carece de satisfação e parte do individuo, como o autor defendia. Segundo os liberais, a sexualidade é a “capacity which every human being possesses” é o “potential which can be developed but need not be”.⁸² Este poderá ser atingido na adolescência pois é nesse período da vida, que os indivíduos se tornam seres sexuais através da tomada de consciência do conceito de sexualidade e das suas implicações. Destaque-se, de igual modo, a visão de Foucault que interpreta a sexualidade como um conjunto de práticas enraizadas na estrutura societária que por si só teriam um significado neutro, mas que são aí construídas para adquirirem um sentido sexual. A sexualidade não será algo concretizado à partida será antes o resultado da junção daquilo que é considerado sexual à luz de vários discursos.⁸³

Já para as feministas radicais existe uma clara dominação masculina na área da sexualidade, tendo extrema relevância o facto de reduzir a mulher a um objecto de satisfação das suas necessidades sexuais. Por isso, não podemos deixar de concordar com a ideia defendida por MacKinnon que considera a sexualidade como uma das componentes do género,⁸⁴ como categoria construída socialmente. Se pensarmos bem, onde termina o limite da definição do género e onde começa o da sexualidade? São construções que foram criadas conjuntamente e que por isso se justificam mutuamente. Se não, como justificamos práticas como a mutilação genital feminina? Está aí em causa a negação à mulher, mais do que o prazer, a própria auto-determinação sexual, que em casos como o exposto e como ponto central da cultura patriarcal, força a mulher a tomar parte na sexualidade masculina, ao mesmo tempo que rejeita a sexualidade feminina.⁸⁵

⁸¹ Ibidem, p. 111 -112

⁸² WALBY, Sylvia (1990) op. cit. p. 113

⁸³ Ibidem, p. 116

⁸⁴ Ibidem, p. 118-119

⁸⁵ RICH, Adrienne (1993) Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. VALLE, Carlos Guilherme (trad.) Revista Bagoas -estudos gays: géneros e sexualidades, vol. 4, nº5, p. 23-25 <https://periodicos.ufm.br/bagoas/article/view/2309> (23 de março de 2018)

O patriarcado tem impacto em várias áreas da existência humana, mas o campo da sexualidade é aquele que está mais propício à concretização dos seus ideais, mais concretamente ao nível da violência contra a mulher, a violência de género. A desigualdade inerente às relações de género reflecte-se, portanto, na forma como a sexualidade é abordada. Embora tenham existido avanços em específicas formas de controlo da sexualidade em benefício das mulheres, tais como a criação e difusão da pilula ou a liberalização do aborto em alguns países, a verdade é que foram criadas novas formas de domínio, como por exemplo, através do avanço da indústria pornográfica, em que a mulher surge como uma “presa sexual natural” e apreciadora de uma prática sexual humilhante, mas prazerosa.⁸⁶ Uma vez mais, a sexualidade e a violência encontram-se conectadas como forma de subordinação da mulher. Não é surpreendente, pois, que a verdadeira revolução sexual apenas seja possível com uma mudança ao nível da “consciência do homem” mais do que nas instituições societárias.⁸⁷ Não importa que medidas possam ser tomadas a favor da mulher e que tenham em vista uma alteração na forma como a sua sexualidade é abordada, se os sujeitos que compõem essas instituições não sofrerem alterações relativamente aos seus valores, nunca existirá uma autêntica (r)evolução, até porque “a sociedade patriarcal está de tal forma enraizada que o tipo de estrutura que ela determina em ambos os sexos é talvez mais um hábito de espírito e um tipo de vida do que um sistema político determinado”.⁸⁸

O trabalho de Freud trouxe diversos contributos para o campo das ciências, mas quanto à sexualidade feminina apesar de muitas das suas ideias terem sido testadas e concluídas como ineficazes, não funcionou como impedimento para que se difundissem e ainda hoje estão na base da discriminação que se produz contra o sexo feminino.⁸⁹ A cultura que os assimilou, é a mesma cultura que enaltece o vigor físico do homem e retrata o corpo feminino como algo objectificado. Poderá ter contribuído o facto de os dois pensamentos, feminismo e freudianismo, apresentarem pontos em comum, ou não tivessem nascido na mesma época, conquanto, não deixam de se anular um ao outro, aliás segundo Firestone, “Freud foi um mero diagnosticador daquilo que o feminismo parece curar”.⁹⁰ A verdade é

⁸⁶ Ibidem, p.26

⁸⁷ MILLETT, Kate (1974), p. 12

⁸⁸ MILLETT, Kate (1974) op. cit, p. 12

⁸⁹ «(...) e as ideias de Freud sobre a sexualidade feminina se tenham mostrado literalmente erradas (...) as velhas concepções continuam a circular (...)». FIRESTONE, Shulamith, op. cit., p. 65

⁹⁰ FIRESTONE, Shulamith, op. cit., p. 67

que os ideais do Freud se difundiram no resfriar de uma época fértil em mudanças significativas nos valores societários, referimo-nos à emancipação da mulher ocorrida nos anos 20, bem como à experiência soviética e nazi. A referida teoria permitiu que se restabelecessem os velhos valores patriarcais e a mulher parecia não saber lidar com a sua maneira de estar em sociedade.⁹¹

Nesta linha de pensamento, identificamos previamente como uma das estruturas do patriarcado, a violência masculina sobre a mulher, avançamos igualmente para algumas das interpretações que se podem oferecer sobre estes acto tipo de comportamentos. A inicial vai ao encontro de afirmações anteriores e que veem estes comportamentos como excepções provenientes de homens com perturbações psíquicas, segue-se uma interpretação que atribui como causa a hierarquia de classes, sendo que os homens que ocupam as classes mais baixas têm mais tendência para serem violentos devido à frustração que sentem fruto da sua condição social.⁹² Por último, as feministas radicais não dispensam uma análise completa, focando-se em aspectos conectados com o género e o respectivo carácter social. Acrescentando que a sexualidade e a violência que o caracteriza são socialmente moldadas. A sociedade impõe ao sexo masculino que adopte uma postura machista, em que abunda a liberdade sexual, justificando de diversas formas as falhas que daí possam resultar, entre elas culpando a própria vítima.

Muitas são as estruturas da sociedade que instigam a comportamentos que se baseiam na força física da qual culmina a violência. A cultura é uma delas, bem como a vida militar,⁹³ perita em enaltecer o vigor físico sem mostrar os limites com que pode ser usado. O Estado tem também a sua quota parte de responsabilidade, sendo essencialmente apontadas duas críticas principais. Em primeiro lugar não oferece alternativas à vítima desta violência para que possa tornar-se independente do seu agressor, em segundo, o problema encontra-se no consagrar do direito penal enquanto última ratio,⁹⁴ somente intervindo nas situações mais graves e quando a violência já tomou proporções extremas. Todavia, apesar do carácter minimalista que assiste ao direito penal, não será uma razão válida nem a única pela qual o Estado tenha até há bem pouco tempo mostrado uma certa reticência no combate à violência masculina exercida sobre a mulher. Chegamos à conclusão que o mesmo,

⁹¹ Ibidem, pp. 91 e 99

⁹² WALBY, Sylvia (1990), p. 129 -132

⁹³ Ibidem, p. 134

⁹⁴ Ibidem, p. 135-136

reflectindo-se nas opções legais e enquanto estrutura societária, também ele absorveu os ideais patriarcais. Certo nível de violência ainda era tolerada e derivava do controlo patriarcal que o homem exercia sobre a mulher, tido como um comportamento natural e perpetuado pela ordem jurídica. Por isso, deve ser afastado o argumento que sustenta que toda a discriminação sexual tem na sua base a divisão natural entre os sexos, na sua biologia. A sociedade é, pois, “contra-natura”, porque se aproveita da Natureza para respeitar ou em última instância, para fazer cumprir os ideais que vai construindo com base na sua própria vontade. Logo, toda a argumentação que a tem na sua base, não passa de uma utilização artificiosa, com o intuito de justificar a acção que é tomada por uma sociedade patriarcal que constrói os seus próprios valores, entre os quais se encontra a desigualdade de género.

3. A violência sexual na cena internacional

3.1. A impunidade e a punição da violação como ofensa à honra

Será difícil neste novo capítulo identificar a origem dos crimes sexuais. Atrevemo-nos por isso, a afirmar, que este tipo de violência sempre existiu, a única diferença passa pelo facto de se ter começado em determinado momento histórico, a documentar aquilo que a prática muitas vezes ditava quanto aos mesmo, especialmente no que respeita ao crime de violação, a forma mais visível de violência sexual até ao século passado no direito internacional.

Um dos grandes problemas que afecta a sociedade contemporânea continua a assentar na violência contra as mulheres, especialmente a violência sexual que não escolhe Estados, culturas e contextos onde actuar, podendo variar entre ambientes de conflito e tempos de paz. Segundo o Secretário Geral das Nações Unidas, a violência contra as mulheres é também uma forma de violação dos direitos humanos e um obstáculo para alcançar a igualdade de género.⁹⁵ As causas para tal cenário de violência discriminatória e indo um pouco ao encontro do exposto nos capítulos anteriores, encontram-se nos costumes, nas tradições ou mesmo nos valores religiosos que na sua maioria incitam, mesmo que indirectamente, a este cenário final. Não podemos colocar de parte o fenómeno previamente analisado, e que dá pelo nome de patriarcado, que leva a que a violência contra as mulheres, enquanto violência de género seja universal. As suas raízes são bastas e reflectem-se na própria lei e estruturas políticas, podendo ser moldado por uma série de factores, entre os quais se destaca os conflitos armados.⁹⁶ No que concerne à cultura concretamente, veja-se o caso das práticas de mutilação genital feminina, o casamento infantil - quase sempre o caso da “menina-esposa” - e especialmente a previsão de crimes contra a honra. Tudo isto, são componentes da cultura que por sua vez “é formada pelos valores, práticas de poder que se entrelaçam na vida quotidiana dos indivíduos e das suas comunidades”⁹⁷, é certo que tudo o que a compõe facilmente se desvanece, mas as relações de poder estarão sempre presentes, tudo porque a igualdade completa entre todos

⁹⁵ In-Depth Study on all Forms of Violence against Women, Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas, UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 Julho 2006, para. 1

⁹⁶ Ibidem, para. 28-37

⁹⁷ UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 Julho 2006 op. cit. para. 78 e 79

os cidadãos não passa de uma mera utopia e por isso, a solução passa por tentar equilibrar ao máximo a posição entre os dois géneros.

A premissa é simples, como determinadas culturas defendem a inferioridade das mulheres a forma mais eficaz que encontram para a defesa deste ideal é o recurso à violência,⁹⁸ uma vez que, a violência contra as mulheres é um dos meios pelos quais a subordinação das mulheres é perpetuada e uma consequência da sua subordinação.⁹⁹ Um dos exemplos mais flagrantes serão os crimes contra a honra que possuem uma dimensão colectiva e de carácter público, de forma influenciar a conduta da própria mulher através publicitação do seu comportamento,¹⁰⁰ e também de forma a compensar a perda de parte da masculinidade do homem pela prática de dado acto pela mulher que coloque em risco o seu papel social de subordinação, já que “men use violence against women as a way of disciplining women for transgressions of traditional female roles or when they perceive challenges to their masculinity”.¹⁰¹ No domínio dos crimes sexuais, a sua caracterização como crimes contra a honra tem um impacto negativo sobre a vítima. A mulher observa a retirada da importância que aquele comportamento abusivo teve para si. Os seus efeitos como que se deslocavam para terceiros, nomeadamente para o seu progenitor, o seu marido, bem como para comunidade onde se encontra inserida. E a vítima essa, funciona como uma espécie de receptáculo, usada, segundo a sociedade e mesmo a própria lei, para se atingir aqueles terceiros, a quem deve um vínculo quase de pertença. Por isso, dificilmente é visto na sua essência como um atentado a bens jurídicos pessoais especificamente um crime como hoje comumente conhecido no mundo jurídico, contra a auto-determinação sexual, onde abunda a liberdade de escolha, fruto de uma vontade “livre, esclarecida e autêntica”.¹⁰² Um crime de honra contra a sua família, contra a própria vítima, tal denominação não se demonstra relevante, uma vez que, apesar de agredida e em jeito de efeito pós-delito, paira sempre um sentimento de culpa sobre a vítima, como se de alguma forma tivesse contribuído para tal acto de violência.

⁹⁸ Concretamente quanto aos conflitos armados: “In wartime, the enforcement of gender relations by the state and other institutions tends to break down as their presence in war zones is weaker; in their absence, men resort more frequently to violence to enforce gender roles.” WOOD, Elisabeth (2006) Variation in Sexual Violence during War. *POLITICS & SOCIETY*, Vol. 34 nº 3, op. cit. p. 325

⁹⁹ UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 de Julho de 2006, para. 72

¹⁰⁰ Ibidem, para. 84

¹⁰¹ Intimate partner violence and HIV/AIDS. World Health Organization, Information Bulletin Series, nº1, 2012, p. 5

¹⁰² LEITE, Inês Ferreira op. cit. p. 8

3.2. O problema dos conflitos armados, a discriminação e o início da punição da violação como crime de guerra

Os conflitos armados merecem uma maior preocupação por conta da violência aí exercida principalmente pela falta de conhecimento e publicidade dos actos cometidos. Contribui ainda o facto de nos conflitos armados contemporâneos, em que as vítimas são em grande parte civis, serem caracterizados por batalhas de baixa intensidade, predominantemente de natureza interna, com a utilização de armas de pequeno porte e sem evidentes estruturas de comando e controlo, aumentando o risco de actos individuais indiscriminados. Podendo a ameaça provir de diversos focos, até de forças governamentais, como a polícia. Não existe uma separação entre o campo de batalha e as áreas civis, e por isso, os mesmos são constantemente surpreendidos no fogo cruzado e alvo da violência aí exercida. Segundo o Conselho de Segurança das Nações Unidas “civilians are increasingly at risk of being caught in crossfires, targeted for reprisals, forcibly recruited, sexually enslaved or raped”.¹⁰³ De entre o grupo afectado, e apesar de as mulheres e crianças serem o grupo mais atingido, os homens são alvo de violência de maneira idêntica à das mulheres, todavia, existem formas de violência guiadas por um componente de género e que por isso, afectam mais aquele grupo devido ao seu “status in society and their sex”.¹⁰⁴ Ainda assim, o número de ocorrências no seio masculino é maior do que aquele que as percentagens podem demonstrar, porque a vergonha derivada de uma cultura patriarcal que insiste no ideal de um macho forte, incapaz de assumir o papel de vítima, impede que dê a conhecer a sua experiência.¹⁰⁵

A par do exposto, a sua punição torna-se ainda mais complexa por conta das diversas justificações que pode assumir. Desde a sua utilização como forma de humilhar e dominar

¹⁰³ Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a protecção dos civis nos conflitos armados, UN. Doc. S/2005/740, 28 de Novembro de 2005, para. 3

¹⁰⁴ Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, Un. Doc. A/CONF.177/20, 17 de Outubro de 1995, para. 135. Tal posição é ainda confirmada em outros parágrafos como o 131 (“(...) Such violations and obstacles include (...) all forms of racism and racial discrimination, foreign occupation and alien domination, xenophobia, poverty, hunger and other denials of economic, social and cultural rights, religious intolerance, terrorism, discrimination against women (...)”).

Segundo Kelly Askin, homens e mulheres são sujeitos ao mesmo tipo de violência como homicídios, tortura, escravatura, “No entanto, além desses crimes, as mulheres e as meninas também são escolhidas para violência adicional, violência de género - que comumente se manifesta na forma de violência sexual”. Cfr. ASKIN, Kelly (2003) Prosecuting Wartime Rape and Other Gender Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles. Berkeley Journal of International Law, vol. 21, nº2, p.297

¹⁰⁵ WOOD, Elisabeth Jean (2006), pp. 308, 326

a força contrária, a criar um ambiente de medo, a instrumento utilizado para aumentar a força e a “moral” dos combatentes,¹⁰⁶ esta tática de guerra é bastante eficaz porque tem efeitos físicos e psicológicos duradouros sobre a vítima e a sua comunidade.¹⁰⁷ Além de que tem sido discutido a influência dos homicídios na desconsideração dos crimes sexuais. No seio dos períodos de guerra, o acto de tirar a vida a alguém, é grande parte das vezes, visto como um acto heroico e permitido, deixa de existir uma diferença entre a ocorrência deste acto máximo de violência com outras formas igualmente graves, que se tornam algo secundário e inevitável.¹⁰⁸ Tudo culmina na dificuldade de conduzir os culpados à justiça, criando uma “cultura de impunidade”, seguida de uma normalização deste tipo de acções, não permitindo modificar a ideia preconcebida de que os criminosos sexuais, especialmente os violadores, são perpetradores individuais e que este tipo de ilícitos pertencem ao domínio privado,¹⁰⁹ com uma ocorrência pontual. Persiste igualmente uma dificuldade em entender que “Violations of the human rights of women in situations of armed conflict are violations of the fundamental principles of international human rights and humanitarian law”¹¹⁰ e que o facto de se permitir esta impunidade não só intensifica a subordinação própria do seu papel social – e, muitas vezes similarmente, do papel jurídico – mas também envia uma mensagem à sociedade de que a violência masculina contra as mulheres é aceitável e inevitável.¹¹¹ Existe, a seu par, um contra-senso, no que concerne à regulamentação minuciosa da situação dos combatentes e dos civis¹¹² comparativamente à

¹⁰⁶ Tendo conhecimento que as mulheres e crianças são os grupos mais afectados pela violência sexual em conflitos armados, o Conselho de Segurança adoptou a Resolução 1820, onde que procura combater o cariz sistemático que esta realidade assumiu, promovendo, ao mesmo tempo, a igualdade entre os dois géneros, com vista à “prevenção e resolução de conflitos”, juntando-se a outros instrumentos jurídicos existentes que partilham do mesmo intuito. Cfr. Resolução 1820 do Conselho de Segurança, UN. Doc. S/RES/1820, 19 de Junho de 2008

¹⁰⁷ Sexual Violence against Women in Armed Conflict. Resolução 1670 do Conselho da Europa, 29 de Maio de 2009, para. 2

¹⁰⁸ BROWNMILLER, Susan (1993) *Against our will: men, women and rape*. 1ª edição. Nova Iorque: Fawcett Publications, p. 32

¹⁰⁹ Para Isa Felipe Gómez, o que impede os direitos humanos de terem em conta as necessidades das mulheres enquanto direitos humanos passa pela dicotomia entre a esfera pública e a privada, no que respeita à criminalização e tratamento de dados ilícitos, resultando no facto de a violação dos seus direitos apenas ter relevância quando ocorridos em espaço público, da responsabilidade do Estado. Cfr. GÓMEZ, Isa Felipe (2003) *The Optional Protocol for the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women: strengthening the protection mechanisms of Women’s Human Rights*. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, nº2

¹¹⁰ Un. Doc. A/CONF.177/20, 17 de Outubro de 1995, op. cit., para. 131

¹¹¹ UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 de Julho de 2006, para. 76

¹¹² Por exemplo: o art. 71º da III Convenção de Genebra presta atenção ao número de cartas que os prisioneiros podem receber e mandar, já o art. 94º IV Convenção de Genebra exige a existência de actividades desportivas onde os prisioneiros possam marcar presença (...). Cfr.. III Convenção de Genebra

quase omissão da previsão de medidas que tenham em atenção à situação frágil em que se encontram as mulheres num conflito.

Desde o início das leis reguladoras das relações sociais, quer em estado de conflito, quer em tempo de paz, as posições entre os dois sexos eram estabelecidas de modo desigual. Uma das bases para esta disparidade servia-se, mais uma vez, do argumento fisiológico. O homem sempre foi visto como um predador natural e a mulher como a sua presa fácil, por essa mesma razão, a mulher estava proibida de se recusar a submeter à sua vontade e especialmente de ter uma vontade própria. Também por razões naturais, a sua capacidade de defesa perante tais actos, tornava-se complexa devido à robustez física do seu agressor, pelo que só lhe restava adoptar uma postura defensiva. Usando as palavras de Susan Brownmiller, a sua defesa passava igualmente pela protecção que outros machos lhe ofereciam perante esses agressores iniciais, sendo que em troca a mulher devia-lhes “castidade” e “monogamia”, enfim obediência. Este sentimento de posse que a reduzia, acarretou que qualquer ofensa contra a sua pessoa, teria consequências no seu protector, especificamente na sua honra porque “a crime committed against her body became a crime against the male estate”.¹¹³ Além disso, é sustentado que uma das principais formas de propriedade que a mulher sofreu, diz respeito à ausência de consentimento ou recusa de sexo, fruto do tratamento enquanto posse pessoal e da remissão da violência de que é alvo para a esfera privada.¹¹⁴

Aqui fica patente um dos traços que compõem o fenómeno do patriarcado, a posse. Posse esta que nos tempos modernos tornou-se evidente através da previsão de crimes sexuais na categoria de crimes contra a honra. Embora durante a passagem do tempo, este tipo de legislação sofresse uma certa evolução, os traços caracterizadores continuam presentes. Atente-se, por isso, ao caso específico da legislação de guerra, onde tal cenário é exacerbado. Veja-se o tratado de Amizade e Comércio assinado entre os Estados Unidos, a França, os Países Baixos e a antiga Prússia, corrido o ano de 1785 e que dispunha que perante uma guerra entre os contratantes, as mulheres e as crianças não seriam alvo de violações sexuais. O relevante não seria evitar o crime em si, mas evitar a sua ocorrência

Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949 e IV Convenção de Genebra Relativa à Protecção dos Cíveis em Tempo de Guerra de 12 de Agosto de 1949

¹¹³ BROWNMILLER, Susan, op. cit. p. 16-17.

Ainda neste sentido, ASKIN, Kelly (2003), p. 296 e WALD, Alexandra (1997) What's Rightfully Ours: Toward a Property Theory of Rape. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 30, p. 459

¹¹⁴ WALD, Alexandra (1997), p. 461-462

somente entre os visados, de forma a proteger a sua honra.¹¹⁵ Podemos ainda destacar neste sentido, as Ordens Gerais nº 20, de 1847, pelo General Winfield Scott, que continham graves consequências para os soldados que não as cumprissem, ao cometerem o crime de violação.¹¹⁶ Ou ainda o Código Lieber de 1863, que dispunha “Toda a violência indiscriminada cometida contra pessoas no país invadido (...) toda a violação (...) são proibidos sob pena de morte, ou qualquer outra punição severa que possa parecer adequada à gravidade da infracção (...)” (art. 44º).¹¹⁷

Quanto a instrumentos internacionais, também eles partilham desta visão. É o caso das Convenções de Genebra de 1949 que situam os crimes sexuais como sendo actos prejudiciais à honra de uma mulher, bem como da sua família e não uma ofensa contra a sua auto-determinação sexual e a sua dignidade. Na IV Convenção apesar de ser aplaudida pelo uso de uma punição explícita dos agressores sexuais que cometam crimes como a violação, prostituição forçada bem como outras formas de agressão dentro do mesmo âmbito, não deixa de mover para o campo da honra (“Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault”)¹¹⁸ este tipo de ilícitos. No mesmo domínio se situam as Convenções de Haia (1899 e 1907)¹¹⁹ e respectivos documentos anexos que partilham o mesmo artigo 46º, “family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice must be respected”.

Esta visão limitada enquanto crimes contra a honra, cria uma estigmatização sobre a vítima e a sua família, representando uma forma de reafirmar a masculinidade dos agressores, muito por conta da humilhação dos seus opositores e é um modo de

¹¹⁵ Tratado de Amizade e Comércio entre Sua Majestade o Rei da Prússia e os Estados Unidos da América, 10 de Setembro de 1785, art 23. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/prus1785.asp (7 de Março de 2018)

¹¹⁶ Ordens Gerais nº20, 26 de Junho de 1847 do General Winfield Scott. <https://archive.org/details/headquartersofar00scot> (7 de Março de 2018)

¹¹⁷ Ordens Gerais No. 100: O Código Lieber- Instruções para o Governo dos exércitos dos Estados Unidos em campo, 24 de Abril de 1863, art. 44º. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art44 (9 de Março de 2018)

¹¹⁸ IV Convenção de Genebra Relativa à Protecção dos Civis em Tempo de Guerra de 12 de Agosto de 1949, art. 27º

¹¹⁹ IV Convenção a Respeito das Leis e Costumes da Guerra em Terra e seus Anexos de 19 de Outubro de 1907 (IV Convenção de Haia) e II Convenção a Respeito das Leis e Costumes da Guerra em Terra e seus Anexos de 29 de Julho de 1899 (II Convenção de Haia)

demonstrarem o seu profundo desprezo pelas mulheres em geral,¹²⁰ que enquanto vítimas terminam com mazelas típicas da agressão, a nível psicológico e físico, mas sobretudo pelas mazelas que sobressaem da relação com a sua pátria, que a passa a visualizar como uma espécie de “propriedade danificada”, um símbolo da sua derrota e da castidade perdida,¹²¹ contribuindo para o seu isolamento.

A violação é um tipo de crime intemporal e comum a todas as culturas, religiões, raças, idades e a todos os indicadores de diferenciação.¹²² Ainda assim, a protecção não é por si só garantida com a simples consagração da sua proibição, uma vez que, frequentemente este acto de violência foi omitido nos processos ou mal interpretada, muito por conta da falta de uma definição partilhada no direito internacional até há bem pouco tempo. A sua verdadeira importância também ficou por reconhecer junto do capítulo das infracções mais graves “Grave Breaches”, no seio dos instrumentos jurídicos de Genebra, ou seja, como crimes de guerra. O carácter universal desta lista permite a responsabilidade penal de todos aqueles que cometeram ou impulsionaram a sua ocorrência.¹²³ Tal omissão assume um carácter ainda mais relevante por se tratar do núcleo do direito humanitário e do direito costumeiro, se quisermos, o direito dos conflitos armados, que tem como função diminuir as consequências nefastas dos conflitos armados sobre os combatentes e os não combatentes, essencialmente através da fixação de limites quanto aos meios e métodos utilizados durante a sua actuação.

O certo é que apesar da sua omissão, o Comité Internacional da Cruz Vermelha interpretou a violação como uma infracção grave, capaz de “causar intencionalmente grande sofrimento ou ferir o corpo ou a saúde”.¹²⁴ O mesmo caminho foi seguido pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos que declarou que a violação deveria ser interpretada como crime de guerra ou como uma violação grave “Grave Breaches” das

¹²⁰ SEIFERT, Ruth (1994) War and Rape: A preliminary analysis in STIGLMAYER, Alexandra. Mass rape: the war against women in Bosnia-Herzegovina. 1ª edição. (Lincoln) Nebraska: University of Nebraska Press, p. 54, 58-66

¹²¹ Ibidem, p.180-181

¹²² “(...) a violação é apenas uma das formas (*quicá a mais comum*) por que se manifesta o crime de violência sexual (...)”. Cfr. ALMEIDA, Francisco Ferreira (2009) Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 429

¹²³ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003) Rape as an Act of Genocide. Berkeley Journal of International law, vol. 21, nº 2, p. 357

Consulte-se também o Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas acerca do parágrafo 2º da Resolução 808 do Conselho de Segurança, U.N. Doc. S/25704, 3 de Maio de 1993

¹²⁴ HEALEY, Sharon. A. (1995) Prosecuting Rape Under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia. Brooklyn Journal of International Law, Vol. 21, nº 2, p.335-336

Convenções de Genebra.¹²⁵ Por isso, o trabalho dos Tribunais Penais Internacionais, nomeadamente dos tribunais ad hoc foi vital para abrir o precedente que tivesse em vista um tratamento diferencial da violência sexual. A mesma ganhou maior visibilidade devido aos relatos de violações em massa ocorridos em campos de prisioneiros, muitas vezes criados com esse mesmo propósito, na região da Bósnia e mais tarde em território ruandês.¹²⁶

A Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga não faz referência explícita aos crimes sexuais, mas na opinião de Cherif Bassiouni o crime de violação poderia ser subsumido na expressão “ill treatment”.¹²⁷ Kelly Askin vem acrescentar que perante a sua análise das transcrições do julgamento dos principais criminosos de guerra alemães no Tribunal, foi possível extrair evidências da ocorrência de crimes sexuais e de género.¹²⁸ Porém não existiu nenhum caso de condenação de teor sexual. A insuficiência de provas não foi a responsável, nomeadamente a testemunhal, contudo, não era viável às forças aliadas condenar os alemães acusados por este tipo de ilícitos, uma vez que, a autoria era compartilhada entre as duas contrapartes.¹²⁹ Podemos por isso, mencionar alguns exemplos de expressões dúbias de onde se pode retirar a possível ocorrência do crime de violação. No caso de Keitel, foi mostrado em julgamento um pedido onde afirmava que o processo contra os soldados alemães por “ofensas contra civis” era desnecessário.¹³⁰ Considerou-se em Rosenberg que este teve “conhecimento do tratamento brutal e do terror

¹²⁵ MERON, Theodor (1993) Rape as a Crime under International Humanitarian Law. *American Journal of International Law*, vol. 87 n°3, pp. 427, 424

¹²⁶ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 351

¹²⁷ BASSIOUNI, Cherif (1999) Crimes against Humanity in International Criminal Law. 2ª edição. Haia: Kluwer Law International, p. 358. Segundo Zorrila, também no Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o crime poderia ser abrangido pela expressão geral “other inhuman acts”. Cfr ZORRILA, Maider (2005) La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, n° 34, p. 17

¹²⁸ ASKIN, Kelly (1997) War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals. 1ª edição. Haia, Londres, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, p. 97 apud LUPING, Diane (2009) Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 17 n°2, p. 439

¹²⁹ FIDALGO, Sónia (2007) Os Crimes Sexuais no Direito Internacional Penal. *Boletim da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83, p. 6.

Veja-se também, CAEIRO, Pedro (2002) Tribunais Penais Internacionais: ‘etapas de um caminho’ ou ‘astros em constelação?’ (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma) *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 10 n°37, p. 100

¹³⁰ Julgamento Wilhelm Keitel no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judkeite.asp> (13 de Maio de 2018)

a que o povo oriental foi submetido”.¹³¹ E que Frank era um “participante voluntário e consciente do uso do terrorismo na Polônia. . . “. ¹³² Por sua vez, Frick foi considerado um dos responsáveis por “actos de opressão”, incluindo “terrorismo da população” e “trabalho escravo”. ¹³³ Por último, Von Neurath foi acusado de ter conhecimento que “crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam a ser cometidos sob sua autoridade”.¹³⁴

3.2.1. Violação como crime contra a humanidade

Um dos pontos negativos a apontar à Carta de Londres e à Carta de Tóquio será a ausência de tipificação da violação como uma das infracções que compõem os crimes contra a humanidade, já que este acto pode ser interpretado como uma das ofensas que ofendem de maneira grave e directa a pessoa humana, na sua dimensão corpórea e espiritual.¹³⁵ Posto isto, um dos primeiros casos onde o crime de violação foi concretizado de forma sistemática e generalizada ocorreu durante a ocupação do exército japonês na região de Nanquim, onde só apenas no primeiro mês cerca de 20.000 mulheres foram sujeitas a este acto de violência extrema. ¹³⁶ Por sua vez, embora a Lei n.º 10 do Conselho de Controlo Aliado, de 1945 tenha previsto a violação no leque das proibições, em nenhum processo junto do tribunal para o Extremo Oriente foi movida para fundamentar uma eventual condenação a esse título. ¹³⁷

¹³¹ Julgamento de Alfred Rosenberg no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judrosen.asp> (13 de Maio de 2018)

¹³² Julgamento de Hans Frank no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judfrank.asp> (13 de Maio de 2018)

¹³³ Julgamento de Wilhelm Frick no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judfrick.asp> (13 de Maio de 2018)

¹³⁴ Julgamento de Konstantin von Neurath no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judneur.asp> (13 de Maio de 2018)

¹³⁵ ABRAMS, Jason S., BISCHOFF, James L., RATNER, Steven R. (2009) Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: beyond the Nuremberg legacy. 3ª edição. Nova Iorque (Estados Unidos): Oxford University Press, p. 70 e 71

¹³⁶ ALMEIDA, Francisco Ferreira (2009), p. 428

¹³⁷ Ibidem

No que respeita ao TPIR, Laurent Semanza, figura importante na comunidade de Bicumbi viu o seu leque de acusações modificado para incluir ilícitos de violência sexual, em especial o crime de violação como crime contra a humanidade e como crime de guerra, enquanto violações graves “Grave Breaches” do 3º artigo comum às Convenções de Genebra.¹³⁸ O tribunal descobriu que este, na presença de autoridades militares e da comuna, dirigiu-se a uma multidão e perguntou-lhes “como estava a progredir a tarefa de matar os tutsis”,¹³⁹ aproveitando o momento para incentivar à prática de violação de mulheres daquela etnia antes de lhes ser retirada a vida. Pouco depois, um dos homens que estava entre aquela multidão teve relações não consensuais com a vítima A, que se encontrava escondida numa casa próxima.¹⁴⁰ Conclui-se também que a vítima B foi assassinada por dois homens que se encontravam presentes naquela multidão, mas não se conseguiu reunir provas suficientes de que havia sido antes violada.¹⁴¹ A sua condenação a título de crimes contra a humanidade justifica-se pelas instruções dadas em praça pública para violar e assassinar membros da etnia tutsi, constituindo-se um ataque generalizado contra essa população civil, como se prova pela violação da testemunha A que se encontrava escondida, estando os agressores cientes dessa circunstância.

Condição idêntica partilha o caso de Sylvestre Gacumbitsi em que o acusado usou um megafone para incitar os homens pertencentes à etnia hutu, a terem relações sexuais forçadas com raparigas jovens que se haviam recusado casar com eles e no caso de resistirem, assassiná-las através da inserção de objectos estranhos nos seus órgãos íntimos.¹⁴² Uma conclusão notável foi estabelecida. Ao contrário do que sustentava a defesa, a lei não exige para que o ataque possa ser considerado crime contra a humanidade que sejam os próprios abusos sexuais a assumir-se como generalizados e sistemáticos e que um único acto de violação não é necessariamente um acto isolado do ataque generalizado ou sistemático, é o próprio ataque que deve partilhar estas características.¹⁴³

¹³⁸ Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003, para. 9

¹³⁹ Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003 op. cit. para. 253

¹⁴⁰ Ibidem, para. 476

¹⁴¹ Ibidem

¹⁴² Prosecutor v. Gacumbtsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Judgement, 17 de Junho de 2004, para. 215

¹⁴³ Prosecutor v. Gacumbtsi, Case No. ICTR-2001-64-T, 7 de Julho de 2006, Appeal Judgment, para. 102. Atendendo-se ao sofrimento que o crime provoca na vítima, o seu carácter geral e sistemático vem intensificar o mesmo, por isso mesmo não fazia sentido que o crime tivesse de partilhar essas características,

Alguns dos agressores justificaram-se afirmando que lhes havia sido dada autorização para violar pelo acusado, confirmando-se o elo de ligação entre o “discurso” e os crimes posteriormente cometidos.¹⁴⁴ Por isso, Semanza foi considerado responsável pela violação da vítima A, e um factor determinante tratou-se do ambiente coercivo que envolveu o ataque, uma vez que, o acusado tinha conhecimento do alcance que as suas palavras poderiam deter, em especial por conta do ambiente de medo em que se vivia e pela influência que detinha sobre a comunidade.¹⁴⁵ O facto de as suas declarações terem sido pronunciadas num contexto público, onde se encontravam presentes autoridades militares e da comuna, concedeu-lhes “maior força e legitimidade”,¹⁴⁶ sendo que o crime de violação era parte do seu objectivo final que passava por aniquilar todos os elementos do grupo tutsi.

3.2.2. O crime de violação como tratamento desumano e tortura

No caso do campo de Čelebići, tudo se iniciou quando os muçulmanos e os croatas da Bósnia atacaram o município de Konjic, no centro da Bósnia e Herzegovina, em Maio de 1992, acabando por expulsar os sérvios residentes da Bósnia das suas casas e confinando a maioria deles ao campo de detenção. Este cenário é o resultado das diferenças políticas que afectavam a região da Ex-Jugoslávia. O gatilho tratou-se das mudanças que estavam a ocorrer no território motivado pela iniciativa que passava pela tentativa de separação da Croácia e da Eslovénia da região da Jugoslávia dominada pelos Sérvios. Consequentemente, deu-se uma violenta rebelião por parte dos Sérvios da Bósnia, cujo ponto alto foi atingido com a campanha de “limpeza étnica”. Tal teve como consequência não só a directa diminuição da população não sérvia na região da ex-Jugoslávia, mas

caso contrário, deixava actos isolados sem resposta. Deve por isso ser inserido dentro de um ataque que contenha esse carácter geral e sistemático.

Veja-se também *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Case. No. IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 431

¹⁴⁴ *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003, para. 477- 478

¹⁴⁵ *Ibidem*, para. 484-485

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003, op. cit. para. 485

também que esta “limpeza étnica” se concretizasse através da prática de crimes da mais diversa ordem, quer contra a propriedade quer pessoais.¹⁴⁷

Concretamente, Rasim Delić foi acusado de actos de tortura nos termos do art. 2º do estatuto enquanto violação grave das Convenções de Genebra e também do art. 3º do mesmo estatuto, por violação das leis ou costumes de guerra por penetração sexual forçada, sendo acusado alternativamente de tratamento cruel.¹⁴⁸ Este violou pessoalmente duas vítimas, entre as quais está a testemunha Sra. Ćećez, tendo ainda obrigado dois homens prisioneiros a ter o cabo de um fusível a esaldar em torno dos seus genitais, sujeitando igualmente dois prisioneiros a fazer sexo oral um ao outro.¹⁴⁹ O Tribunal de Primeira Instância destacou que para que o crime de violação pudesse ser interpretado como um crime de tortura estes elementos deveriam estar presentes¹⁵⁰ : 1) existência de um acto ou omissão que cause dor ou sofrimento grave, seja físico ou mental, 2) deve ser infligido intencionalmente, 3) para fins como a obtenção de informação ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, punir a vítima por um acto que ela ou terceira pessoa tenham cometido ou suspeita de ter cometido, intimidar ou coagir a vítima ou terceira pessoa, ou por qualquer motivo, com base em qualquer tipo de discriminação, 4) que tal acto ou omissão tenha sido cometido por ou na instigação de ou com o consentimento ou aquiescência de um funcionário público ou outra pessoa agindo na qualidade oficial.¹⁵¹ Inspirando-se nos elementos do crime de tortura contidos na Convenção Contra a Tortura, qualquer forma de violência sexual que satisfaça estes elementos deve ser considerada tortura.¹⁵² Sendo a violação “a despicable act which strikes at the very core of human dignity and physical integrity”,¹⁵³ não se vislumbram situações onde a violação ocorrendo nos termos do cenário descrito, especialmente por alguém agindo a título oficial, não seja vista como um acto de punição, coerção, discriminação ou intimidação, trata-se de um panorama que é inerente a situações de conflito armado.

¹⁴⁷ MERON, Theodor (1993) The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia. *Foreign Affairs*, vol. 72, nº3, p. 132

¹⁴⁸ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case No. IT-96-21, Indictment, 19 de Março de 1996, para. 24-25

¹⁴⁹ Ibidem, para. 21

¹⁵⁰ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Case No.: IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 480.

¹⁵¹ Ibidem, para. 494

¹⁵² Ibidem, para. 496

¹⁵³ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998 op. cit. para.495-496

No que respeita à Sra. Ćećez foi estabelecido em tribunal que quando chegou ao campo, o acusado enquanto a interrogava acerca do paradeiro do seu marido, violou-a repetidamente. Sendo certo, que três dias depois o mesmo submeteu-a a múltiplas violações quando foi transferida entre os prédios do acampamento, repetindo-se o comportamento dois meses depois.¹⁵⁴ O acusado violou ainda a testemunha A e foi por isso considerado culpado de tortura por penetração sexual forçada.¹⁵⁵ Em ambos os casos os abusos sexuais causaram grande dor e sofrimento mental nas suas vítimas, e no caso da Sra. Ćećez,¹⁵⁶ foram cometidos com o intuito de obter informações acerca do paradeiro do seu marido, bem como para a intimidar, de forma a cooperar.¹⁵⁷ Mas mais do que isso, a violação ocorreu contra estas duas mulheres por motivos discriminatórios, ou seja, pela sua condição feminina, outro propósito para a utilização da tortura “this represents a form of discrimination which constitutes a prohibited purpose for the offence of torture”.¹⁵⁸ Neste caso, as vítimas foram brindadas com um tratamento cruel exercido através da prática do crime de violação não só porque pertenciam a um grupo social oposto ao do agressor¹⁵⁹, mas especialmente porque eram mulheres, tal constitui um tratamento discriminatório ao abrigo da Convenção de Tortura (art. 1º) e também viola o art. 2º da CEDAW, que veda a discriminação contra a mulher “em todas as suas formas”.

No caso que opôs Dragoljub Kunarac à Justiça, o órgão judicial chegou a conclusões semelhantes, ficou estabelecido que violou e torturou as suas vítimas por serem muçulmanas e que a discriminação era parte da razão para a sua escolha, porém determinou-se que não era imperativo que se tratasse de um motivo exclusivo, bastava que fosse uma parte substancial do elemento subjectivo do tipo.¹⁶⁰ Também se chegou à conclusão em Radić, que o tratamento humilhante que faça parte de um ataque discriminatório contra uma população civil pode, quando combinado com outros crimes –

¹⁵⁴ Ibidem, para. 937-938

¹⁵⁵ Ibidem, para. 965

¹⁵⁶ Ibidem, para. 942

¹⁵⁷ Consulte-se a este respeito RODLEY, Nigel S. (2000) *The Treatment of Prisoners under International Law*. 2ª edição. Nova Iorque (Estados Unidos): Oxford University Press. p. 7

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo*, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, op. cit. para. 941

¹⁵⁹ RODLEY, Nigel S. (2000), p. 14-15

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic*, Trial Judgement, 22 de Fevereiro de 2001, para. 654

ou nos casos mais graves, sozinho – constituir perseguição.¹⁶¹ Ao seu carácter discriminatório, o tribunal acrescentou que a violência sexual foi utilizada, especialmente por Rasim Delić, como “instrumento de terror e subordinação”, com vista a intimidar as vítimas e os restantes prisioneiros, “criando uma atmosfera de medo e impotência.”¹⁶²

A Primeira Instância considerou igualmente que como as ofensas causaram “grande sofrimento” e feriram “gravemente o corpo e a saúde”, estavam contidas nas infracções graves das Convenções de Genebra. Abrangendo aqueles actos que não preenchem os requisitos propostos para o crime de tortura.¹⁶³ Foi, pois, com base nesta argumentação que Zdravko Music foi considerado culpado de violação das “Grave Breaches” por “causar um grande sofrimento” quando sob a sua autoridade, os seus subordinados amarraram um cabo de fusão em chamas em redor dos genitais de Vukašin Mrkajić e o obrigaram consequentemente a correr entre os diversos prisioneiros com o fusível preso a si.¹⁶⁴ Mediante uma nova forma de encontrar sustentação legal para aqueles casos que não preenchem os requisitos para se assumirem como uma forma de tortura, o tribunal serviu-se da cláusula referente ao tratamento desumano e baseou-se no uso que se tem oferecido ao termo em instrumentos de direitos humanos, como no Comentário às Convenções de Genebra. Foi aí definido como “um acto ou omissão intencional, que é um acto que, julgado objectivamente, é deliberado e não acidental, o que causa grave sofrimento ou ferimento mental ou físico ou constitui um grave ataque à dignidade humana”.¹⁶⁵ Posto isto, Zdravko Music foi condenado por tratamento desumano e tratamento cruel por não cumprir as suas responsabilidades, enquanto superior hierárquico, especialmente por não ter impedido os seus subordinados de forçarem dois irmãos a fazerem sexo oral um ao

¹⁶¹ Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001, para. 190

¹⁶² Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, op. cit. para. 941

Ainda a este propósito, Cfr. ASKIN, Kelly (2003), p. 324

¹⁶³ Ibidem, para. 511

¹⁶⁴ Ibidem, para. 1038.

Rodley interpreta a violação e outros sexuais, a par de choques eléctricos, como actos de tortura. Considerando o caso concreto, não podemos deixar de identificar um certo paralelismo entre estes dois actos de tortura e o facto de ter obrigado a vítima a ter um cabo a arder nos seus órgãos genitais. Cfr. RODLEY, Nigel S. (2000), p. 10

¹⁶⁵ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, op. cit. para. 543

outro publicamente, caso que poderia ter sido interpretado como violação se tivesse sido abordado de maneira diversa na acusação.¹⁶⁶

Anto Furundžija foi acusado de violação das leis ou costumes de guerra, conforme dispõe o artigo 3º do Estatuto do tribunal, por crimes de tortura e ultrajes contra a dignidade pessoal, nos quais se inclui o ilícito de violação. Tudo se iniciou quando durante o conflito armado na Bósnia-Herzegovina, uma mulher de origem muçulmana que viva na Bósnia (testemunha A) foi presa e levada para a sede dos Jockers, uma unidade especial da polícia militar do Conselho de Defesa da Croácia (HVO).¹⁶⁷ Aí foi interrogada por Furundžija e agredida sexualmente pelo acusado B. Durante esse mesmo período a vítima foi igualmente obrigada a permanecer nua diante dos seus agressores e de outros soldados espectadores, que não evitavam o tom jocoso.¹⁶⁸ Sendo que numa fase inicial do interrogatório, o acusado B, repetidamente deslizou uma faca pela parte interior da testemunha, ameaçando introduzi-la dentro de si e cortar os seus órgãos sexuais se não cooperasse.¹⁶⁹ Mais tarde, aquele passou violá-la continua e diversamente, muitas das vezes na presença de Furundžija.¹⁷⁰ O tribunal acrescentou ainda que as regras do Direito Internacional não punem somente o crime de violação como também outros tipos graves de agressão sexual que fiquem aquém da penetração propriamente dita. A proibição abrange todas as ofensas de cariz sexual infligidas à integridade física e moral de um sujeito através da “coerção, ameaça de força ou intimidação de maneira degradante e humilhante para a dignidade da vítima”,¹⁷¹ como a exposição do seu corpo nu diante de potenciais agressores.

O tribunal consultou a Convenção de Tortura e a respectiva definição do acto, e acrescentou um novo requisito referente ao “actor estadual”. Enaltecendo o número elevado de indivíduos que se envolvem no processo de tortura e as mais variadas funções que são desempenhadas, afirmou que a responsabilidade deve ser compartilhada por todos

¹⁶⁶ Ibidem, para. 1066.

¹⁶⁷ Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No.: IT-95-17/1-T, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 82

¹⁶⁸ O Ilícito foi também interpretado como acto desumano, na categoria “outros actos desumanos”. Cfr. ABRAMS, Jason S., BISCHOFF, James L., RATNER, Steven R. (2009), p. 75

¹⁶⁹ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 82
ASKIN, Kelly (2003), p. 327-328

¹⁷⁰ Ibidem, para. 270

¹⁷¹ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998 op. cit. para. 186

os agressores, mesmo aqueles que possuem funções de menor relevância, pois todos eles concretizam práticas de tortura.¹⁷² Aditando que a tendência nos processos de tortura é dividir tarefas, de modo a que cada indivíduo possua um papel e uma responsabilidade parcial¹⁷³ e que neste caso, os papéis de Furundžija e do acusado B complementaram-se.

O tribunal decidiu ainda ampliar a lista dos fins proibidos contidos na definição de tortura, para incluir a humilhação da vítima, justificando-se no próprio Direito Internacional Humanitário, cujo principal objectivo é salvaguardar a dignidade humana.¹⁷⁴ Esta solução foi, uma vez mais, apoiada pelas Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais, que visam proteger pessoas que não participam ou deixaram de participar nas hostilidades que se traduzam em “atentados contra a dignidade humana”. Quanto à própria noção de humilhação a aplicar, deve ser próxima da noção de intimidação, que se encontra prevista na definição contida na Convenção de Tortura.¹⁷⁵

Ainda em sede de julgamento, foi considerado tortura o facto de a testemunha D ter sido obrigada a assistir à violação da testemunha A, de quem era amiga, enquanto era interrogada e agredida fisicamente.¹⁷⁶ Kelly Askin critica o facto de o reverso não ter sido considerado, isto é, ter visto a sua própria violação presenciada por outros soldados e pela testemunha D poderia servir como factor agravante da tortura de que foi alvo.¹⁷⁷ O tribunal considerou ainda que a testemunha A “sofreu graves dificuldades físicas e mentais, juntamente com a humilhação pública, que equivaliam a ultrajes contra a sua dignidade pessoal e integridade sexual ” por conta das ofensas do acusado B.¹⁷⁸ O órgão judicial conclui também que a violência sexual aqui exercida sobre um número limitado de vítimas é suficientemente grave para ser considerada tortura e deve ser dada total importância como se tratasse de um caso com diversas vítimas.¹⁷⁹

¹⁷² Ibidem, para. 254

¹⁷³ Ibidem, para. 253

¹⁷⁴ Nos termos do artigo 3º, comum a todas as Convenções de Genebra, art. 75º 2 (b) e 4º 2 (e) do I e II Protocolo Adicional, respectivamente

Ibidem, para. 162

¹⁷⁵ Ibidem

¹⁷⁶ Ibidem, para. 267

Ver também ASKIN, Kelly (2002), p. 330

¹⁷⁷ Em Kvočka o tribunal deu destaque a essa situação: “The presence of onlookers, particularly family members, also inflicts severe mental harm amounting to torture on the person being raped” Cfr. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001, para. 149

¹⁷⁸ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 272

¹⁷⁹ Ibidem, para. 113-114

3.2.3. O crime de violação como genocídio

De acordo com o artigo nº1 da Convenção de Genocídio, o genocídio é um crime de Direito Internacional, que pode ocorrer durante o tempo de guerra ou de paz. Difere do homicídio em massa ou da perseguição racial e religiosa, pois requer um dolo específico, de exterminar certa população civil.¹⁸⁰ Partilha também da possibilidade de ser punido pelos ditames do Direito Internacional Consuetudinário, que vincula todos os membros da comunidade internacional, e por isso, todos aqueles Estados que não ratificaram a Convenção do Genocídio.¹⁸¹ Existe uma particularidade que caracteriza a violação como genocídio, trata-se de “uma violação étnica como uma política de guerra oficial numa campanha genocida para o controlo político”.¹⁸² Assume-se não só como uma luta pelo poder, por destruir, por humilhar ou torturar grupos opostos¹⁸³, é um caso de violação com base em ordens emitidas e por isso sob o controlo de alguém, visando destruir as suas vítimas, a sua família e a sua comunidade.¹⁸⁴ No ilícito de violação como parte integrante de genocídio, tanto o género como a etnia funcionam como factores relevantes, se não vitais, para a sua ocorrência¹⁸⁵ e para discriminação das vítimas.

Posto isto, o acto de genocídio foi definido por Raphael Lemkin, um advogado polaco, referindo-se especialmente às atrocidades cometidas pelos alemães durante a Segunda Guerra Mundial, como “mass killings of all members of a nation,” e o “coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the group themselves.”¹⁸⁶ Mais tarde, a Convenção

¹⁸⁰ HEALEY, Sharon. A. (1995), p. 365

¹⁸¹ Ibidem, p. 366.

No que respeita a Ruanda, o país havia aderido por decreto legislativo à Convenção de Genocídio a 16 de Abril de 1975, aderência esta que se tornou relevante em 1994 aquando do ataque contra o grupo tutsi. Cfr. Convenção sobre o Genocídio, Status das Ratificações, Reservas e Declarações.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY%0B&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en (8 de junho de 2018)

¹⁸² BROWN-RUSSELL L. Sherrie op. cit. p. 350

¹⁸³ Prosecutor v. Jean- Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, para. 499, 170, 513-516, 702.

DAMROSCH, Lori Fisler (1998) Genocide and Ethnic Conflict in WIPPMAN, David. International Law and Ethnic Conflict. 1ª edição. Ithaca; Londres: Cornell University Press, pp. 256, 261

¹⁸⁴ MACKINNON, Catharine (1994) Rape, Genocide and Women’s Human Rights. Harvard Womens’s Law Journal, vol. 17, p. 11-12

¹⁸⁵ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 351.

MACKINNON, Catharine. Crimes of War, Crimes of Peace. UCLA Women’s Law Journal, Volume 4 nº1, 1993, p. 64-65

¹⁸⁶ HEALEY, Sharon. A. op. cit. p. 364

sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 no seu artigo 2º veio igualmente concretizar a sua definição, destacando que “deve haver uma intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo étnico, racial ou religioso nacional através da prática dos seguintes actos enumerados: homicídio de membros de um grupo; causar graves danos corporais ou mentais aos membros do grupo; infligir deliberadamente no grupo certas condições de vida, implementadas para provocar a sua destruição física total ou parcial; impor medidas destinadas a prevenir nascimentos no seio daquele grupo; transferir forçosamente crianças daquele grupo para outro”. Assim, apesar de a violência sexual não estar aqui prevista, não existem dúvidas de que a sua prática pode provocar sérios danos mentais e físicos na vítima e adoptar um papel activo na destruição de um grupo, ou seja, desde que cumpra o *dolus specialis*, não bastando que ocorra no seio de um genocídio.

O caso de Jean- Paul Akayesu foi, por isso, pioneiro não só por condenar pela primeira vez por genocídio, mas principalmente, por ter considerado pela primeira vez o crime de violação como uma forma de genocídio.¹⁸⁷ O acusado ocupava uma posição de destaque na sociedade, enquanto responsável pela comuna de Taba foi inicialmente indiciado por 12 acusações de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Ainda no âmbito do Tribunal de Ruanda, deve enaltecer-se o caso de Pauline Nyiramasuhuko, ex-Ministra da Família e do Desenvolvimento da Mulher, que quebrou tabus acerca do papel exclusivo do homem como agressor e foi a primeira mulher a ser indiciada num tribunal penal internacional, ao ser acusada de violação enquanto crime de guerra e contra a humanidade.

188

Os primeiros indícios da responsabilidade de Akayesu decorreram das palavras da testemunha J, de origem tutsi que testemunhou em julgamento acerca da violação da sua filha de 6 anos por parte de três homens pertencentes à milícia Interahamwe, juntando-se à testemunha H, também da etnia tutsi, que proferiu os detalhes relativos à sua própria violação, ambas afirmaram que tinham conhecimento da existência de mais casos de

¹⁸⁷Consulte-se ASKIN, Kelly (2005) Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR Positive Developments. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3 n°4, p. 1007

¹⁸⁸ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 352-353.

Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Élie Ndayambaje, Joseph Kanyabashi, Case No. ICTR-98-42-T, Trial Judgement, 24 de Junho de 2011, para. 6087

violência sexual.¹⁸⁹ Por isso mesmo, o julgamento foi suspenso temporariamente para que acusação pudesse investigar este e outros eventos. Confirmou-se a prática de crimes de violação e de outros tipos de violência sexual em Taba perante a presença do acusado, procedendo-se à inclusão de novas acusações.¹⁹⁰

Akayesu foi, assim, acusado de violação e da prática de actos desumanos como crimes contra a humanidade, de atentados contra a dignidade pessoal, tratamento degradante e humilhante e tratamento cruel enquanto crime de guerra, nos termos do art. 3º nº1(c), comum a todas as Convenções de Genebra e art. 4º (2) (e) do II Protocolo Adicional, bem como de genocídio.¹⁹¹ Para o tribunal, o acusado teve um papel activo na ocorrência das atrocidades, seja por encorajamento dos seus subordinados para a sua prática, seja por facilitar e ordenar ou mesmo pela sua simples presença na altura da ocorrência de actos de violência sexual (violação, nudez forçada, mutilação sexual)¹⁹², especialmente porque a sua ocorrência deu-se nas instalações da comuna ou perto da mesma, seu local de trabalho.¹⁹³ Acrescentando-se, em jeito de censura, o facto de que dada a sua posição na comunidade, responsável pela manutenção da lei e da ordem pública na região da Taba, encontrava-se inerente à função impedir as atrocidades ali cometidas ou requerer a ajuda das autoridades regionais ou nacionais para reprimir a violência.¹⁹⁴

Em sede de julgamento relevantes descobertas foram realizadas. A nudez forçada foi encarada como um acto desumano enquanto crime contra a humanidade.¹⁹⁵ Além disso, a prática de genocídio através do uso do ilícito de violação foi concretizada para destruir o grupo tutsi, física e mentalmente, utilizando-se inúmeras mulheres e meninas para esse fim, que conseqüentemente terminaram mortas quer em resultado directo dessas ofensas, quer pelos ferimentos que a sua prática provocou.¹⁹⁶ O tribunal adoptou uma definição ampla da ofensa, afirmando que a violação como forma de tortura não deve ser definida como “relações sexuais não consensuais”, uma vez que, pode incluir “actos que envolvem

¹⁸⁹ ASKIN, Kelly (2005), p. 1009

¹⁹⁰ Ibidem

¹⁹¹ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-I, Amended Indictment, 17 de Junho de 1997, acusações 1 e 2, 13-15

¹⁹² Ibidem, acusações 13-15.

E ainda ASKIN, Kelly (2005), p. 1010

¹⁹³ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, para. 12A e 12B

¹⁹⁴ Ibidem, para. 12

¹⁹⁵ Ibidem, para. 688

¹⁹⁶ Ibidem, para. 733-734

a inserção de objetos e / ou o uso de orifícios corporais não considerados intrinsecamente sexuais¹⁹⁷ “, como a introdução de pedaços de madeira nos órgãos sexuais.¹⁹⁸ Definiu-se, por fim, a violência sexual, onde se inclui a violação, como “any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive”, permitindo que haja responsabilidade por actos que não envolvam qualquer penetração ou contacto físico.¹⁹⁹

Ademais, o tribunal chegou à conclusão que somente as mulheres tutsi foram sujeitas a este tipo de violência – grupo opositor do agressor – viram-se sujeitas a humilhações públicas, foram mutiladas e violadas inúmeras vezes e por vários agressores, algumas das quais em público.²⁰⁰ Sendo que tudo culminou “in physical and psychological destruction of Tutsi women, their families and their communities”,²⁰¹ por outras palavras, a violência sexual aqui exposta estava incluída num processo de destruição que abrangeu não só a vítima e quem lhe era próxima, mas principalmente o grupo a que pertencia, o grupo tutsi, incluindo-se os casos em que a vítima apesar de pertencer ao grupo hutu, era casada com alguém da etnia tutsi. Pretendia-se, no fundo, a destruição das mulheres tutsi e do restante grupo como um todo.²⁰² Um dos contributos foi a visualização das mulheres tutsi como objectos sexuais e que “sexualized representation of ethnic identity graphically illustrates that Tutsi women were subjected to sexual violence because they were Tutsi”.²⁰³ Sendo que um dos casos mais flagrantes diz respeito a uma mulher tutsi que apesar de ligada matrimonialmente com um homem de etnia hutu, afirmou que apenas não foi uma das vítimas por ser desconhecido o seu passado étnico ou ainda o caso de Alexia, uma das vítimas mortais das forças militantes, que antes de ser violada e morta foi obrigada a despedir-se e a correr, de modo a “exibir as coxas das mulheres tutsi”.²⁰⁴

Durante o julgamento de Pauline o tribunal chegou a conclusões idênticas. De acordo com uma jovem mulher tutsi, sobrevivente do genocídio, “apesar de o homicídio ser o objectivo

¹⁹⁷ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, op. cit. para. 686

¹⁹⁸ Consulte-se as palavras da testemunha KK em sede de julgamento

¹⁹⁹ Ibidem, para. 688

²⁰⁰ Ibidem, para. 449, 731

²⁰¹ “(...) these women were targeted both because of their ethnicity and because of the beliefs and opinions held by Hutus about Tutsi women as women.” Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998 op. cit. para. 731.

Ver também BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 352

²⁰² Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, parág. 731

²⁰³ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, op. cit. para. 732

²⁰⁴ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 de Setembro de 1998, op. cit. para 732

principal, os homens pareciam particularmente obcecados com o que faziam com o corpo das mulheres”,²⁰⁵ por isso cometeram uma diversidade de actos, a pedido da acusada, e que denotavam desprezo pela condição de ser mulher, como violar jovens mulheres com lanças, em praça pública, muitas vezes já moribundas.²⁰⁶ “To kill without killing” era a estratégia das milícias, que preferiam violar repetidamente as mulheres e deixá-las vivas para que a humilhação caísse sobre as mesmas e sobre quem as rodeavam.²⁰⁷ O processo de destruição não ficava cingido à própria ofensa, os efeitos pós-delito eram igualmente graves. A SIDA foi uma forma utilizada, para através da violação contagiar deliberadamente e tirar a vida de diversas mulheres tutsi.²⁰⁸ A utilização da violação como forma de transmissão do vírus da SIDA enquanto genocídio da etnia tutsi, não pode deixar de ser vista como uma arma de guerra.

Reconheceu-se ainda, que embora a intenção do acto genocida seja a destruição de um grupo específico, o efeito imediato do acto será provocar graves ferimentos e danos,²⁰⁹ aqui se encontrando a dimensão pessoal do genocídio, atendendo-se aos efeitos sobre a própria vítima. Portanto, tem sido sustentado que a violação enquanto acto genocida perdeu pelo menos parte da sua dimensão sexual para ser utilizada como arma de guerra, tem em vista provocar danos imediatos nos seus membros para consequentemente produzir efeitos mediatos destrutivos sobre o próprio grupo.²¹⁰ A este propósito, a professora Katharine Franke, destaca as consequências de enfatizar demasiado o teor sexual das ofensas, e que pode resultar na oclusão do modo como o sexo interfere com outras relações sociais de poder²¹¹, nomeadamente aquelas que se estabelecem entre os genocidas e as suas vítimas detentoras de alguma característica que as torna no alvo. Nas sociedades patriarcais, onde a pertença a um grupo é determinada pela identidade do pai, tal como no caso em apreço, são muitas vezes praticados dados comportamentos como a fecundação deliberada de mulheres pertencentes a diferentes etnias, para que em consequência o filho

²⁰⁵ LANDESMAN, Peter. A Woman's Work. The N.Y. Times Magazine, 15 de Setembro de 2002. <https://www.nytimes.com/2002/09/15/magazine/a-woman-s-work.html> (13 de Abril de 2018)

²⁰⁶ Ibidem

²⁰⁷ Ibidem

Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Élie Ndayambaje, Joseph Kanyabashi, Case No. ICTR-98-42-A, Appeal Judgement, 14 Dezembro de 2015, para. 1031

²⁰⁸ Ibidem

²⁰⁹ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 352

²¹⁰ Ibidem, p. 352, 371

²¹¹ FRANKE, Katherine M (1998) Putting Sex to Work. Denver University Law Review, vol. 75 n.º4. p. 1163-1164

fruto dessa ofensa pertença ao grupo do violador. Para as vítimas, a gravidez tem um efeito tão devastador como a própria violação. Esta é vista como “poluída”, carregando no seu ventre os genes do seu agressor e é afastada a possibilidade de exercer o seu “dever” de esposa e contribuir com um filho que seja capaz de continuar com a linhagem familiar, trata-se de uma “limpeza étnica através de uma poluição étnica”.²¹²

Retornando um pouco à questão anteriormente avançada, é argumentado que a violação enquanto genocídio não deve receber um tratamento diferencial da violação que ocorre em tempo de guerra, onde não esteja presente esse dolo específico. A componente do género não pode ser definida ou vista como parte de um ataque contra uma população, ou são crimes que se destacam pela componente de género ou são ataques étnicos, a presença de um anula a valorização simultânea do outro.²¹³ Existe, portanto, o medo, de erradicar a dimensão do género da violação genocida, da utilização da violência sexual contra mulheres porque elas são mulheres, independentemente de o seu objectivo passar pela destruição do grupo e da sua pertença ao mesmo. Por outras palavras, teme-se que a vítima seja vista como um instrumento utilizado para causar danos num grupo e não contra a sua própria pessoa, isoladamente considerada.²¹⁴ A destruição de um povo com base na sua identidade e a degradação de uma mulher com base no seu género são duas dimensões que carecem de ser analisadas autonomamente.²¹⁵

²¹² MERCHAN, Sylke, WING, Adrien Katherine (1993) Rape, Ethnicity and culture: spirit injury from Bosnia to black America. Columbia Human Rights, vol. 25 nº1, p. 11

²¹³ MACKINNON, Catharine (1994) Rape, Genocide and Women's Human Rights. Harvard Womens' Law Journal, vol. 17, p. 10-12

KALAJDZIC, Jasminka (1995-1996) Rape, Representation and Rights: Permeating International Law with the Voices of Women. Queen's Law Journal, vol. 21, p. 478-479

²¹⁴ BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003), p. 363

²¹⁵ COPELON, Rhonda (1995) Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War in PETERS, Julie; WOLPER, Andrea. Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives. 1ª edição. Londres/Nova Iorque: Routledge, p. 199

3.3 A definição de violação resultante da jurisprudência dos tribunais internacionais

Apesar dos tribunais ad hoc terem criado importantes precedentes no campo dos crimes sexuais, especialmente no que concerne ao crime de violação, nenhum dos seus estatutos fornece uma definição do acto. Omissão essa, transversal ao direito contido nos diversos tratados internacionais e no âmbito costumeiro.²¹⁶ Nas palavras de Patricia Sellers “What has constantly distinguished and possibly continually marred the interpretation of the “rape” jurisprudence, from that of other substantive core IHL and international crimes, has been the constant tension surrounding rape’s legal elements”²¹⁷, extraindo-se das suas palavras uma necessidade vital de prever uma definição clara de determinados crimes, nomeadamente no campo dos crimes sexuais, usados com frequência como arma de guerra no seio dos conflitos armados.

a) Jean-Paul Akayesu

Os trabalhos preparatórios tiveram origem com o caso de Akayesu, que era acusado do crime de violação enquanto crime contra a humanidade e genocídio. O tribunal indo ao encontro da solução avançada por algumas jurisdições nacionais,²¹⁸ destacou que o acto tem sido definido como a prática de relações sexuais não consensuais. Contudo, a sua consumação pode tomar diversas variações, podendo incluir actos que envolvam a inserção de objectos e/ou o uso de orifícios corporais não considerados intrinsecamente sexuais.²¹⁹ Assim, segundo o órgão judicial trata-se de uma forma de agressão, cujos elementos centrais não podem ser apreendidos numa descrição mecânica dos objectos e partes do corpo, e baseou-se, portanto, para a apresentação da definição numa abordagem “conceptual” nos termos do Direito Internacional.²²⁰ Como exemplo desta abordagem citou

²¹⁶ PETERSON, Ines, SCHOMBURG, Wolfgang (2007) Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law. *The American Journal of International Law*. Vol. 101, nº1, p. 123

²¹⁷ SELLERS, Patricia Viseurs (2007) The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation, p. 18. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf (15 de Maio de 2018)

²¹⁸ Consulte-se WEINER, Phillip (2013) The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law. *Boston College Law Review*, vol. 24 nº3, p. 1209

²¹⁹ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial judgement, 2 de Setembro de 1998, para. 596

²²⁰ Ibidem

a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos e Degradantes, onde são fornecidos os aspectos vitais do ilícito em detrimento de uma lista exaustiva de modalidades, esta opta por concentrar-se mais no quadro conceptual da violência que é sancionada pelo Estado.²²¹ Melhor dizendo, a tortura é definida como a produção de sofrimento a pessoas que estejam sob o controlo de outros, ou seja, é definida conceptualmente em vez de se optar por uma lista onde se encontram elencados vários métodos de tortura. A violação segue o exemplo aqui retratado, pois tinha-se a convicção que a variedade de actos associados ao estigma da violação não podia ser circunscrita a uma lista técnica predefinida,²²² onde se teria de averiguar em cada caso se a vítima teria sido “tecnicamente” abusada.²²³ O relevante não será o modo ou os meios como se concretiza o abuso, mas o próprio acto em si. Optou-se pela prova do elemento referente à possível existência de circunstâncias coercivas em que a ofensa teve lugar em detrimento do elemento do não consentimento e foi, por isso, definida como “physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive”.²²⁴ Até porque “ao limitar a lei a uma definição mecânica, a lei limitaria sua capacidade de acabar com a impunidade por violação”.²²⁵

Concluiu também que as circunstâncias coercivas não precisam de ser evidenciadas por demonstrações de força física, podendo assumir a forma de ameaça, intimidação, extorsão e outras formas de coerção que tenham na base o medo ou o desespero.²²⁶ Tal solução permite focar nas circunstâncias envolventes na altura dos factos e não na resposta da

²²¹ É de notar que o tribunal não classificou claramente a sua abordagem como conceptual, mas tal pode retirar-se da sua analogia com o “quadro conceptual do trabalho na Convenção de Tortura”, cfr. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 de Setembro 1998, para. 687, 597-598

O próprio caso *Musema* parece interpretar desta mesma forma: “o tribunal concorda com a abordagem conceptual estabelecida no julgamento de *Akayesu* ... [A] essência da violação não é o detalhe particular das partes do corpo e dos objetos envolvidos, mas sim a agressão que se expressa de maneira sexual sob condições de coerção “. Cfr *Procurador v. Musema*, Caso No. ICTR-96-13-T, Trial Judgement, 27 de Janeiro de 2000, para. 226.

Ver ainda COLE, Alison (2008) *Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape Under International Law*. *International Criminal Law Review*, vol. 8, p. 56

²²² *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgement, 2 Setembro de 1998, para. 597-598

²²³ HANSEN-YOUNG, Thekla (2005) *Defining Rape: A Means to Achieve Justice in the Special Court for Sierra Leone*. *Chicago Journal of International Law*. Vol. 6 n°1, p. 493

²²⁴ HANSEN-YOUNG, Thekla (2005) *op. cit.* para. 598

Neste sentido, *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo*, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 478

²²⁵ COLE, Alison *op. cit.* p. 81

²²⁶ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Trial Judgement, 2 de Setembro 1998 , para. 688

vítima ao ataque.²²⁷ É este o caso da testemunha KK que foi obrigada a tirar a sua roupa e praticar ginástica nua diante de uma multidão. Aqui o tribunal não teve dúvidas em considerar o evento como um acto de “violência sexual”.²²⁸ O ambiente de conflito pode, neste caso ser considerado, uma vez que, a coerção lhe é inerente.²²⁹ As suas vítimas poderão assumir determinadas condutas que em ambientes opostos, o mesmo será dizer, em tempo de paz, não teriam lugar. Delimitando o consentimento, a linha divisória para a existência de um contacto de cariz sexual legal ou um verdadeiro acto de violência sexual, seria incompreensível não prever todas os cenários que podem ter impacto na sua ocorrência.²³⁰ Além disso, aceitar o consentimento do crime é como aceitar que homem e mulher estão em posição de igualdade no seio dos conflitos armados, um para avançar e outro para recusar um acto sexual.

A definição avançada previamente pelo órgão judicial é de louvar, pois conduziu à rejeição da definição tradicional que pecava pela limitação do tipo no que respeita ao género da vítima e do agressor, possibilitando o perpetuar de velhos dogmas societários acerca do papel de cada género na dinâmica do crime.²³¹ Sendo certo que ao considerar a violação como “uma invasão física de natureza sexual”²³² teve em conta os aspectos específicos que se relacionam com o consentimento no seio de conflito armado, até porque para o mesmo, os seus “elementos centrais não seriam captados numa descrição mecânica de objectos ou partes do corpo”,²³³ oferecendo liberdade para abranger tipos de actos e meios que tradicionalmente não eram associados a esta prática abusiva, como é o caso do sexo oral e anal e a inserção de um dedo ou língua na vagina da vítima. Além disso, o tribunal permitiu uma margem de liberdade no que toca à definição por não determinar especificamente, o que poderia constituir coerção, apenas exigindo que os actos fossem cometidos sob circunstâncias elas mesmas coercivas.²³⁴

²²⁷ HANSEN-YOUNG, Thekla (2005), p. 489

²²⁸ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 Setembro de 1998, para. 688

²²⁹ Neste sentido, MCDOUGALL, Gay. Formas Contemporâneas de Escravidão: Violação Sistemática, Escravidão Sexual e Práticas Semelhantes à Escravidão durante Conflitos Armados. Relatório Final submetido à Comissão de Direitos Humanos, Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Protecção de Minorias, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 Junho de 1998, para. 25.

²³⁰ PETERSON, Ines, SCHOMBURG, Wolfgang (2007), p. 124

²³¹ WEINER, Phillip (2013), p. 1209 .

HANSEN-YOUNG, Thekla (2005), p.491

²³² Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 Setembro de 1998, para. 598

²³³ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 Setembro de 1998, op. cit. para. 597

²³⁴ Ibidem, para. 598

b) Anto Furundžija

Mais tarde, agora no Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia, o órgão judicial achou necessário elaborar uma nova definição do crime.²³⁵ Falamos do caso de Furundžija. Atingido pela dúvida de estabelecer se o sexo oral forçado constituía crime de violação,²³⁶ quis o tribunal elaborar a sua própria definição do crime com base em “conceitos gerais e instituições jurídicas comuns a todos os principais sistemas jurídicos do mundo”²³⁷. Tal opção é destacada como sendo incompreensível, uma vez que, a decisão da primeira instância no caso Akayesu era já pública e continha uma definição do ilícito.²³⁸ Foi assinalado que a razão para a sua desaprovação poderia passar pela adopção da abordagem conceptual como a utilizada na Convenção de Tortura.²³⁹

Existe uma dificuldade que surge desde início e que se baseia na complexa função de definir o termo “consentimento”. No seio do conflito a capacidade de decisão é diminuta e acaba por acarretar a prática de escolhas que não seriam provavelmente praticadas em tempo de paz, onde existe uma maior margem actuação. Basta pensarmos em situações onde as mulheres podem submeter-se a abusos sexuais de modo a salvaguardar a segurança da sua família, mediante alguma espécie de troca, como abrigo ou alimento ou mesmo em resultado de um estado avançado de trauma.²⁴⁰ Está, pois, aqui presente, a mera concordância, quando a vítima consente na prática abusiva, mas a liberdade de escolha encontra-se restrita, se não completamente ausente porque está reunido “qualquer factor externo que condicionou a formação de vontade da vítima ou que viciou a manifestação desta”.²⁴¹

A solução passa por afastar-nos de uma definição rígida cujo o elemento central seja o consentimento e preferirmos atentar ao ambiente coercivo que rodeia a prática abusiva e que afasta a autonomia pessoal, este deverá ser transposto para a definição.²⁴² Além disso,

²³⁵ Prosecutor v. Anto Furundzija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 175

²³⁶ Ibidem, para. 182, 184.

DOSWALD-BECK, L., HENCKAERTS, J.M. (2005) Customary International Humanitarian Law. 1ª edição, volume 1, Cambridge: Cambridge University Press, p. 326-327

²³⁷ Atente-se ao artigo 38º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

²³⁸ COLE, Alison (2008), p. 58, 59

²³⁹ Ibidem

²⁴⁰ Ibidem, p. 79

²⁴¹ COLE, Alison (2008) op. cit. p. 79

LEITE, Inês Ferreira (2010), p. 8-9

²⁴² COLE, Alison (2008), p.79

ter o consentimento enquanto elemento do tipo contribui para uma nova vitimização da vítima, que terá de sujeitar-se ao interrogatório da defesa que não só pode ser caracterizado como humilhante mas também coloca em causa a falta de vontade para a prática do acto. Ao inverso, a concentração no ambiente coercivo será a solução mais justa para ambas as partes.

Existe uma especificidade que cerca este tipo de violência no domínio do direito internacional que não está presente nos processos internos. Por exemplo, infligir danos corporais ou a morte da vítima, que seria utilizado a nível interno como uma agravante, no âmbito internacional pode funcionar como um elemento necessário para estabelecer a responsabilidade criminal do agressor. Demonstrando-se, através da própria ofensa que culmine nesse resultado final, que a falta de consentimento não poderá ser um dos seus elementos, nomeadamente porque determinados bens jurídicos, como os aqui foram aqui evidenciados, embora em conexão com a esfera pessoal em geral, não se encontram à disposição da vítima.²⁴³ Falamos de bens jurídicos como a vida, a integridade física mediante graves agressões à mesma, que tal como as ofensas sexuais dificilmente podem ser considerados como simples actos sexuais não consentidos, adquirem o estatuto de autênticas armas de guerra.²⁴⁴ O mesmo será dizer, existe um “elemento internacional” que não só considera o tipo de ofensas cometidas, como igualmente a possibilidade do seu uso sistemático ou em larga escala, que mediante um cenário intrinsecamente coercivo, tornam a questão do consentimento redundante.²⁴⁵

Tendo em conta a dimensão dos bens jurídicos em análise, que são hoje considerados interesses de toda a comunidade internacional, quer porque são dirigidos contra um grupo protegido (genocídio), cometidos como parte de um ataque generalizado (crimes contra a humanidade) ou porque se encontram associados a um conflito armado contra uma parte hostil (crimes de guerra), a responsabilidade penal dos actos não pode ser excluída em virtude do consentimento de apenas uma vítima.²⁴⁶ Seria impensável que a dimensão supra-individual inerente aos bens jurídicos fosse afastada devido ao consentimento prestado – ou à falta de prova do seu não consentimento – de apenas uma das vítimas. Apesar disso, não se pode cair no erro de presumir que cada contacto de natureza sexual

²⁴³ PETERSON, Ines, SCHOMBURG, Wolfgang (2007), p. 127

²⁴⁴ Ibidem

²⁴⁵ Ibidem, p. 128

²⁴⁶ Ibidem, p. 125

que ocorra em circunstâncias como as mencionadas possa constituir um crime²⁴⁷, tem de existir, entre outros aspectos, um elo de ligação entre o evento, o contexto onde é praticado e os elementos de cada um desses tipos.

Ademais, se atentarmos ao domínio dos crimes contra a humanidade há que evidenciar previamente que o não consentimento não é um elemento das restantes ofensas, que a par da violação estão contidas nessa secção no estatuto do TPIR e no TPIJ, especialmente porque a violação não está apenas expressa, nesses documentos, como crime autónomo, mas também como uma forma de escravatura, tortura e perseguição. Será, por isso, antagónico exigir-se o elemento do consentimento, em casos como os referidos, em que os restantes actos exteriorizados anulam a suposição de um consentimento prévio para a prática de actos sexuais.

Respondendo à questão inicial, o tribunal considerou o crime de sexo oral forçado como uma das formas de concretização do crime de violação, porque segundo o mesmo, este acto “constitui um ataque muito humilhante e degradante contra a dignidade humana”.²⁴⁸ Sendo esta a pedra angular de todo o direito internacional, protegendo todos os seres humanos de ataques contra o seu corpo ou degradando a sua honra ou o seu bem-estar mental²⁴⁹, podendo o sexo oral forçado agredir todas estas dimensões, não fazia sentido a sua não previsão na definição de violação. Substituindo, por isso, o elemento das “circunstâncias coercivas” da definição avançada em Akayesu por “coerção ou força ou ameaça de força contra a vítima ou uma terceira pessoa”.²⁵⁰

Segundo a nossa perspectiva, o trabalho aqui elaborado regrediu face àquele que havia sido executado em Ruanda. A sua opção poderia contribuir para graves lacunas de punibilidade, em primeiro porque, como ficou claro, apenas abrangia as tradicionais e as práticas mais comuns de concretização do acto de violação como também ditava que apenas pudessem ser alvo de condenação, aqueles casos em que se conseguisse provar a existência do uso da força ou da coerção no momento do seu cometimento, desconsiderando-se a especificidade que cerca o ambiente de conflito, que como se viu, é caracterizado pela presença desses dois elementos, embora nem sempre se consiga

²⁴⁷ Ibidem

²⁴⁸ Prosecutor v. Anto Furundzija, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998, op. cit. para. 183

²⁴⁹ Ibidem, para. 184

²⁵⁰ Prosecutor v. Anto Furundzija, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998, op. cit. para. 185

proceder a provas da sua manifestação. Ainda assim, o seu contributo carece de destaque para dois pontos positivos. Em primeiro reconheceu a importância do sexo oral forçado, segundo, incluiu os casos em que a vítima aceita ter relações sexuais com o agressor em resposta a ameaças feitas contra uma terceira pessoa, como um membro familiar, não se restringindo apenas à sua pessoa.

c) Dragoljub Kunarac

Por último, cite-se o caso de Kunurac onde o tribunal, decidiu abordar as três principais inconsistências na definição do crime de violação nos termos do Direito Internacional. Para tal, não cortou totalmente a ligação com o trabalho elaborado anteriormente pelos seus pares, nomeadamente quanto à primeira parte da definição, que foi baseada no julgamento de Furundžija e nos seus elementos objectivos, embora tenha admitido que a definição aí estabelecida “é mais estritamente declarada do que o requerido pelo direito internacional”²⁵¹ referindo-se ao elemento da coerção, força ou ameaça do seu uso, deixando de parte “outros factores que tornariam um acto de penetração sexual não consensual ou não voluntário por parte da vítima”.²⁵²

Neste sentido, decidiu contemplar as disposições examinadas no caso Furundžija e dar-lhes um novo impulso, aproveitando para analisar algumas jurisdições adicionais. Identificou três categorias de circunstâncias que, de acordo com o direito interno devem estar presentes para que um acto constitua violação: 1) a actividade sexual é acompanhada por força ou ameaça de força à vítima ou a um terceiro, 2) a actividade sexual é acompanhada por força ou por uma variedade de outras circunstâncias específicas que tornam a vítima particularmente vulnerável ou negam a sua capacidade de fazer uma recusa consciente, 3) a actividade sexual ocorre sem o consentimento da vítima.²⁵³ Concretamente quanto ao segundo ponto, esclarece o órgão judicial, que estão aí contidas as situações em que a vítima foi colocada em estado de incapacidade de resistir, por ser particularmente vulnerável ou devido a incapacidade física ou mental ou ainda por ser

²⁵¹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 438

²⁵² Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, op. cit. para. 438

²⁵³ Ibidem, para. 442, 460

induzida para a sua prática através de surpresa ou engano.²⁵⁴ Atentas todas as possibilidades, o mesmo declara que o que se destaca como sendo um ponto comum e central, é a penalização da violação grave da autonomia sexual, ocorrendo sempre que a pessoa agredida não concordou livremente ou não é um participante voluntário. Aditando que a ausência de consentimento genuíno e livremente prestado ou de participação voluntária pode ser evidenciada pela presença de factores destacados em algumas jurisdições internas, como o uso da força ou ameaça do seu uso.²⁵⁵

No que concerne ao tipo subjectivo, será a “intenção de efectuar a penetração sexual e o conhecimento de que ocorre sem o consentimento da vítima”.²⁵⁶ Este ponto particular teve bastante relevância no julgamento. O acusado alegou que desconhecia que outro soldado tinha ameaçado a vítima caso esta se recusasse a “satisfazer os desejos do seu comandante”, acreditando à luz desta afirmação, que a vítima consentiu em ter relações sexuais com ele.²⁵⁷ O tribunal negou esta posição descobrindo que o acusado tinha o conhecimento de certas circunstâncias que demonstravam a falta de consentimento da vítima,²⁵⁸ concretamente a existência de um ambiente hostil próprio de um conflito armado que influenciava o seu comportamento e a sua situação de prisioneira, bem como o facto de que tanto ela como as restantes mulheres ali presas serem alvo de abusos sexuais conectados em grande parte ao facto de partilharem da etnia muçulmana.²⁵⁹

Apesar de toda esta discussão, os componentes do tipo objectivo partilham da mesma visão restrita do seu antecessor. O elemento apenas se refere à penetração de uma parte do corpo, isto é, do pénis ou “qualquer outro objecto”, e será difícil sugerir que a expressão possa incluir outras partes do corpo.²⁶⁰ Fica daí excluída a violação com a utilização de dedos, por exemplo, embora esta e outras variantes possam ter efeitos tão nocivos como a violação peniana. Aliás no caso Akayesu, o tribunal admitiu que a violação (em todas as suas variantes) pode assumir-se como uma forma de genocídio desde que a vítima seja

²⁵⁴ Ibidem, parág. 446. O tribunal esclarece mais afincadamente cada um desses pontos no parágrafo 447 ao 452

²⁵⁵ Ibidem, para 457, 458

²⁵⁶ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, op. cit. para. 442

²⁵⁷ Ibidem, para. 645-647

²⁵⁸ Ibidem, para. 646-647

²⁵⁹ Ibidem

²⁶⁰ COLE, Alison (2008), p. 81-82

prejudicada psicologicamente de tal modo, que afecte a procriação futura.²⁶¹ Além disso, existe a preocupação de que certas formas de violência sexual menos graves ou mesmo formas de violação não tradicionais sejam negligenciadas pelo não cumprimento dos requisitos gerais dos três tipos de crimes, isto é, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio. A única opção será ter na base para a acusação, a categoria residual “outros actos desumanos”, categoria esta que não reconhece verdadeiramente os danos causados à vítima, retirando mesmo parte da relevância e impacto que estes crimes podem vir a assumir.²⁶² Por isso, uma definição menos mecânica será a solução que oferece maiores garantias quanto à possibilidade de condenação, pois permite que a violência sexual possa abranger não somente a violência que se encontra exposta nas três principais formas criminais, mas também enquanto tortura ou escravatura, por exemplo.

O consentimento deve ser dado voluntariamente, avaliado no contexto das circunstâncias circundantes,²⁶³ devendo ainda ser provado em duas vertentes. Exige-se que o consentimento da vítima seja dado voluntariamente como resultado do exercício do seu livre arbítrio e o conhecimento do agressor de que o acto ocorreu sem o consentimento da vítima.²⁶⁴ Relacionado com este último ponto encontra-se a disposição a disposição do TPI, que veda a possibilidade de o consentimento ser inferido nos casos em que a vítima fica em silêncio ou quando não resiste aos actos de violência. A previsão parece ter em conta que as reacções de cada vítima ao ataque podem variar e esta ausência de reacção não se traduz na disposição para a prática do crime.²⁶⁵ Esta dupla exigência foi alvo de críticas por proteger em demasia os direitos do acusado, em detrimento da vítima, especialmente este último requisito que poderia facilmente conduzir à defesa do “erro razoável de facto”.²⁶⁶ Ainda assim, a acusação alegou que o consentimento não era um

²⁶¹ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, 2 Setembro de 1998, para.507-508

²⁶² LAWRENCE, G. Albrecht (2005) International Legal Developments in Review: 2004. The International Lawyer, Vol. 39, nº2, p. 179- 183.

A este propósito Inês Ferreira Leite alerta para o facto de o legislador usar uma terminologia distinta conforme as diversas intensidades e formas de lesar ou colocar em perigo a liberdade sexual. Daí esta cláusula ser residual e apenas reservada a casos pontuais não brindados com uma previsão autónoma. Cfr. LEITE, Inês ferreira (2010), p. 19

²⁶³ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 460.

²⁶⁴ SELLERS, Patricia Viseur (2007), p. 21

²⁶⁵ Art. 70(b), (c) dos Elementos do Crime do TPI

²⁶⁶ WEINER, Phillip (2013), p. 1213-1214

elemento do crime de violação, mas sim uma defesa afirmativa²⁶⁷, argumento que foi rejeitado pelo Tribunal de Primeira Instância, sustentando que de facto era um elemento constituinte da ofensa e que a regra 96 refere-se apenas a alguns casos em que se nega o consentimento,²⁶⁸ uma vez que, não se trata de uma defesa no seu sentido técnico – e que por isso presente em todos os casos – caso contrário, a excepção virava a regra e seria como negar que o consentimento nunca estaria presente em qualquer caso. Aditando que os casos em que o consentimento não é genuíno, encontram-se salvaguardado pela segunda parte da definição.²⁶⁹ Decisão que foi confirmada em sede de recurso.²⁷⁰

Tendo em conta o ambiente hostil que se vivia e a ocorrência das ofensas em análise ter tido origem na sede de quartéis gerais, centros de detenção e apartamentos que serviam de residência para alguns soldados, não existem dúvidas das circunstâncias coercivas aqui presentes.²⁷¹

d) Sylvestre Gacumbitsi

Finalmente, com Sylvestre Gacumbitsi encerrou-se todo um ciclo, estabelecendo-se qual a definição que deveria ser usada no Direito Internacional. A defesa e a própria acusação recorreram da decisão e no caso da acusação foi pedido que o tribunal de recurso abordasse a problemática da definição da violação no contexto do Direito Penal Internacional, em particular, se o consentimento era um elemento do crime.²⁷² Segundo a acusação o

²⁶⁷ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 461

²⁶⁸ Ibidem, para. 464

Curiosamente também a regra viu ser modificada a sua composição inicial para ser adicionado o género neutro, pretendendo demonstrar que os homens também podem ser vítimas de abusos sexuais. Cfr. JONES, John R.W.D. (1998) *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. 1ª edição. Nova Iorque: Transnational Publishers, p. 312

²⁶⁹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 464.

Foi criticado o facto de o tribunal após tal afirmação ter aditado que os factores contidos na regra 96 e a subsequente referência aos mesmo é necessária para “reinforce the requirement that consent will be considered to be absent in those circumstances unless freely given”. O órgão judicial mostrou-se confuso, pois declarou que não há consentimento voluntário se as circunstâncias referenciadas na definição existirem, mas posteriormente indicou que um sujeito ainda pode consentir voluntariamente em tais circunstâncias. Acerca da questão, WEINER, Phillip (2013), p. 1227-1228

²⁷⁰ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case. No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Appeal Judgment, 12 de Junho de 2002, para. 128-130

²⁷¹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Appeal Judgment, 12 de Junho de 2002, para. 132

²⁷² Prosecutor v. Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-A, Appeal Judgment, 7 Julho de 2006, para. 147

elemento do não consentimento não deve ser parte integrante do crime de violação, deve antes, ser interpretado como uma defesa afirmativa, nos termos da regra 96 do Procedimento.²⁷³ Tal conclusão é partilhada pelo Relator Especial para a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas: “As circunstâncias manifestamente coercivas que existem em todas as situações de conflito armado estabelecem uma presunção de não consentimento e negam a necessidade de a acusação estabelecer a falta de consentimento como elemento do crime.”²⁷⁴

O tribunal de recurso concluiu que o consentimento não é uma defesa afirmativa e que cabe não à defesa, mas à acusação o ónus de provar o elemento além da dúvida razoável. Embora a regra 96 das Regras de Procedimento e Prova, se refira ao consentimento como “defesa”, considerou que as mesmas não redefinem os elementos do crime, ou seja, afasta a possibilidade de utilizar o termo “defesa” no seu sentido técnico, onde existe a mudança do ónus da prova para o acusado.²⁷⁵ Além disso, o mesmo pode ser provado ao estabelecer-se as circunstâncias coercivas que rodearam a prática abusiva e vedaram a possibilidade da existência de um consentimento genuíno e que o próprio agressor estava ciente ou tinha razão para estar ciente da sua existência.²⁷⁶ Ainda assim, existe uma salvaguarda na mesma previsão: “O consentimento não deve ser permitido como defesa se a vítima...tiver sido sujeita ou ameaçada ou tivesse motivos para temer a violência, a coacção, a detenção ou a opressão psicológica; ou ... acreditava razoavelmente que, se a vítima não fosse submetida, outra poderia estar sujeita, ameaçada ou colocada num estado de medo”.²⁷⁷

Tendo em conta o testemunho de inúmeras vítimas, reflectindo o grau de violência extrema vivido, é difícil imaginar como o consentimento pode ser elevado a elemento a ser determinado para a existência de um crime de violação:

“Witness TAP testified that after the attack on her mother, some attackers came towards her. Three of the attackers, one of whom was identified by the witness, hit her. The attackers were saying that in the past Tutsi women and girls hated Hutu men and refused to marry them, but that now they were going to abuse the Tutsi girls and women freely. The three assailants forced her to sit down. Several attackers, including the man she had

²⁷³ Ibidem

²⁷⁴ MCDUGALL, Gay. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 Junho de 1998 op. cit. para. 25

²⁷⁵ Prosecutor v. Gacumbitsi, Appeal Judgement, 7 Julho de 2006, para. 153-154

²⁷⁶ Ibidem, para. 155

²⁷⁷ Regra 96 das Regras de Procedimento e Prova do TPIR. U.N. Doc. ITR/3/REV.1. 29 de Junho de 1995

*already identified, raped her. A branch slightly longer than a meter was driven into her genitals, wounding her and causing her to bleed profusely (...)*²⁷⁸

O tribunal desconsiderou também as afirmações da acusação que sustentavam que a violação deveria ser vista da mesma maneira que a “tortura ou escravatura, para as quais não é a acusação obrigada a estabelecer a ausência de consentimento”.²⁷⁹ No fundo, trata-se de apresentar provas do ambiente coercivo em detrimento da exposição de provas acerca do não consentimento da vítima. Tal solução apresenta-se como uma mais valia porque conter o elemento do não consentimento na definição é desfavorável para a vítima, pelo maior ênfase que coloca sobre o seu comportamento e não na própria ofensa.

Existem algumas críticas pela preferência do elemento do não consentimento na definição do ilícito. A primeira chega-nos de Alison Cole que nos diz que o ambiente que envolve a prática da ofensa num contexto nacional é diferente daquele que tem lugar no seio internacional. Habitualmente o ataque não se cinge a um só indivíduo e a questão central não se trata da violação da autonomia pessoal, fruto do tratamento enquanto indivíduos autónomos pelo direito, onde o consentimento é aí determinante.²⁸⁰ Já outros estudiosos defendem a utilização do elemento referente ao consentimento tanto em contexto nacional como internacional, argumentando que é um elemento fundamental do crime de violação e que permite punir a infracção da autonomia sexual da vítima.²⁸¹ Tal argumento é contestado, alega-se que não é possível proceder à transposição do elemento, uma vez que, ao contrário do contexto nacional, no internacional, o crime de violação ocorre em inúmeras vezes no seio de actividade hostil o que implica que o elemento deva funcionar como um pré-requisito na definição do crime, onde já existe uma espécie de presunção da sua ausência.²⁸²

²⁷⁸ Prosecutor v. Gacumbitsi, Trial Judgement, 17 Junho de 2004, op. cit. para. 208

²⁷⁹ Prosecutor v. Gacumbitsi, Appeal Judgement, 7 Julho de 2006, op. cit. para. 149

²⁸⁰ COLE, Alison (2008), p. 74-75

²⁸¹ BOON, K. (2001) Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent. Columbia Human Rights Law Review. Vol. 32 nº3, p. 674-675

²⁸² KALOSIEH, Adrienne. (2003) Consent to Genocide? The ICTY's Improper Use of the Consent Paradigm to Prosecute Genocidal Rape in Foca. Women's Rights Law Reporter. Vol. 24, pp. 121, 130-132.

E ainda, COLE, Alison (2008), p. 75-76

3.4. A escravatura sexual: considerações gerais

Nem sempre a evolução proporciona um cenário positivo e a escravatura não é excepção. A modernidade trouxe consigo o ressurgimento do fenómeno escravagista com novos contornos, trata-se da escravatura sexual.²⁸³ Nos termos da Convenção sobre a Escravatura de 1926 toda a pessoa tem direito de ser livre de escravatura e estabelece que deve ser entendida como “o status ou a condição de uma pessoa sobre a qual se exerce um ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade” (art. 7º). Nesta visão moderna, o ponto central deixou de se basear exclusivamente na noção de se encontrar privado da liberdade física ou na noção de propriedade, mas num estado de ser e de estar, em que o indivíduo é submetido a um controlo, coerção e restrição de liberdade total,²⁸⁴ sendo exacerbado no caso das mulheres devido à vulnerabilidade em que são colocadas quer por falta de direitos quer pelo seu incumprimento. Juntando-se as crises económicas e políticas e a ocorrência de conflitos armados.²⁸⁵

O crime de escravatura sexual é difícil de captar numa definição por isso, é usado todo o conteúdo útil do fenómeno da escravatura em geral para justificar a sua punição enquanto escravatura sexual. A Convenção sobre o Trabalho Forçado e Obrigatório de 1930 veio oferecer o seu contributo, ao cimentar que é proibido “todo trabalho ou serviço que é exigido de qualquer pessoa sob a ameaça de qualquer penalidade e para o qual a referida pessoa não se ofereceu voluntariamente” (art. 2º nº1), a escravatura é subsumida na acepção porque tendo em conta os comportamentos excluídos, não se pode afirmar que o ilícito possa ser interpretado como “obrigações civis normais” ou de “carácter puramente militar” (art. 2º nº2). Como complemento surge a Convenção de 1957 sobre a Abolição do Trabalho Forçado, que reconhece que os membros da Organização Internacional do

²⁸³ Ndèye Sokhna Guèye identificou juntamente com a escravatura sexual, novas formas que a escravatura contemporânea pode assumir, algumas delas compartilhando igualmente uma dimensão sexual: “Les résurgences de la servitude, considérées comme de l’esclavage moderne sont qualifiées en ces termes : prostitution forcée, exploitation sexuelle, mariage précoce et forcé, les pires formes du travail des enfants, utilisation d’enfants soldats, vente d’enfants, travail forcé, servage, formes extrêmes de dépendance, travail contraint, esclavage contemporain ou moderne, servitude pour dette, esclavage domestique, trafic de personnes et d’organes humains, etc” . Cfr GUYÈYE, Ndèye Sokhna (2013) Pratiques d’esclavage et d’asservissement des femmes en Afrique, Les cas du Sénégal et de la République Démocratique du Congo. Capítulo 1. Dakar: Codesrio, p. 6. <http://www.codesria.org/spip.php?article1761&lang=fr> (12 de Junho de 2018)

²⁸⁴ Ibidem, p. 6-7

²⁸⁵ Ibidem, p. 8

Trabalho que hajam ratificado esta Convenção, a par da supressão do trabalho forçado ou obrigatório, não devem recorrer a essa mão-de-obra para fins de desenvolvimento económico e como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa (art. 1º (b) e (e), e atrevemos a acrescentar, de género. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 manifesta-se em sentido idêntico, proibindo abertamente a prática deste tipo de conduta sob forma discriminatória, contra mulheres (art. 6 nº1), acrescentando que o trabalho forçado não deve afectar a capacidade física e intelectual do recluso nem a sua dignidade (nº 2).

Similar redacção apresenta o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que veda a escravatura e o tráfico de escravos “em todas as suas formas” (art. 8º nº1), bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 4º). Deve abrir-se um parênteses e atentar à Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, que identifica a servidão para o pagamento de dívidas, a compra de esposas e a exploração do trabalho infantil, como condutas proibidas.²⁸⁶ O ponto central da expressão não será apenas condutas análogas à de escravatura, mas as próprias formas que a mesma pode assumir, retirando-se aqui o seu escopo sexual.

A escravatura sexual apresenta por norma, todos os traços característicos da escravatura tradicional mais o plus da prática de actos sexuais forçosos. Curiosamente e indo ao encontro da nossa afirmação, encontra-se a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (caso Van Der Mussele vs Bélgica), onde um dos argumentos apresentados acerca do trabalho forçado assentava no facto de que o próprio termo não abrange apenas trabalhos manuais²⁸⁷, justificando a sua premissa com o próprio texto da Convenção sobre o Trabalho Forçado de 1930 e na própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que utiliza termos igualmente abstractos como “any work or servisse” (art. 4º nº3 (d)).

²⁸⁶SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (1987) Comentário ao Protocolo Adicional de 8 de junho de 1977 das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, para. 4541

²⁸⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso Van Der Mussele v Belgium, Application no. 8919/80, Trial Judgement, 23 de Novembro de 2003, p. 13

3.4.1. A escravatura sexual como crime contra humanidade²⁸⁸

a) O caso de Tóquio e de Dragoljub Kunarac

O órgão judicial que trouxe a escravatura sexual para o centro da discussão tratou-se do tribunal de Tóquio que foi criado para investigar os crimes de guerra que os soldados japoneses cometeram durante a Segunda Guerra Mundial. De entre as ofensas encontravam-se os crimes de violação, escravatura sexual e prostituição forçada. O certo é que apesar da existência de provas do cometimento desses mesmos ilícitos sexuais, o tribunal não condenou nenhum dos acusados pela sua prática. A sua ocorrência permaneceu afastada da justiça até à década de oitenta,²⁸⁹ contribuindo para tal cenário, encontrava-se o facto de a carta de origem não incluir expressamente o crime de escravatura sexual na lista dos ilícitos proibidos. As agressões sexuais face a este cenário foram consideradas crimes de guerra de “segunda categoria” e foram subsumidas nas acusações relativas à responsabilidade de comando.²⁹⁰

O crime de violação foi cometido em grande escala contra mulheres e meninas, juntando-se ainda a prática de diversos homicídios e actos de tortura naquele que ficou conhecido como o “caso de Nanking”, actual República Popular da China. Perante a revolta da opinião pública movida especialmente pelo trabalho desenvolvido pelos meios de comunicação, o imperador Hirohito tendo em vista restabelecer a honra do seu império e travar essa mesma condenação pública,²⁹¹ reuniu-se com os seus subordinados e chegou à conclusão de que a solução ia passar por dois tipos de acções. A primeira implicava a reforma do código militar, a segunda passava pela criação e respectiva extensão de “estações de conforto”, ou melhor dizendo, dos bordéis, como vulgarmente ficaram conhecidos entre os militares japoneses.²⁹² Pretendia-se criar a ilusão de legitimidade da

²⁸⁸ Para a possibilidade de condenação enquanto crime de guerra veja-se a IV Convenção de Genebra, art. 147, II Protocolo, art. 4 n.º2 (f)

The Prosecutor v. Naletilić & Martinović, Case No. IT-98-34-T, Trial Judgement, para. 250, 260, 310-13, 374. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 1109, 1133, 1145

²⁸⁹ PALMER, Amy (2009) An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of “Forced Marriage”. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol. 7, n.º1, p. 138

²⁹⁰ LUPING, Diane (2009), p. 441

²⁹¹ ARGIBAY, Carmen M. (2003) Sexual Slavery and the Comfort Women of World War II. *Berkeley journal of International Law*, Vol. 21 n.º 2, p. 376

²⁹² *Ibidem*

sua criação, contando com o suposto consentimento de todas as “profissionais”. Contrariando esta visão de voluntariedade surge-nos a Relatora Especial das Nações Unidas, Radhika Coomaraswamy, que no seu relatório afirma “that the practice of “comfort women” should be considered a clear case of sexual slavery”.²⁹³ A verdade é que estas “estações de conforto” não ficaram confinadas ao território japonês e dado que a licença de prostituição existia nessa época, era possível que muitas das mulheres com licença fossem trabalhar para lá. O que não quer dizer que as suas condições de trabalho fossem as melhores. Eram brindadas com um controlo excessivo tanto a nível de movimentos como ao nível de exames médicos, eram igualmente maltratadas e privadas do controlo sobre a sua sexualidade, através da sua desumanização, de modo tal que acabavam por se tornar também elas, escravas sexuais.²⁹⁴

A solução de limitar a violência sexual a ambientes controlados, era para o imperador, o cenário ideal para que não ocorressem novos massacres e caso tal não fosse possível, pelos menos afastar tais comportamentos dos holofotes públicos.²⁹⁵ Além disso, apresentava-se como uma forma de impedir o surgimento de sentimentos “anti-japoneses”, entre os habitantes dos locais que haviam sido ocupados pelos militares e de uma possível resistência às suas acções naquele período de conflito, bem como de evitar a possibilidade de espionagem, de divulgação de segredos referentes ao exército em caso de visitas aos bordéis locais.²⁹⁶

A 22 de Fevereiro de 2001 ocorreu no tribunal para a ex-Jugoslávia, o julgamento do caso Kunarac. Dragoljub Kunarac, líder de uma unidade de reconhecimento especial do exército bósnio, Radomir Kovac e Zoran Vukovic, membros de uma unidade militar sérvia da Bósnia na região de Foča foram os três grandes acusados.²⁹⁷ A inovação assentou no facto

Consulte-se ainda a Transcrição do Julgamento Oral proferido a 4 de dezembro de 2000 pelos juízes do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra das Mulheres sobre a Escravatura Sexual Militar do Japão, ponto 60

²⁹³ COOMARASWAMY, Radhika. Relatório do Relator Especial sobre Violência contra a Mulher, suas causas e consequências. E/CN.4/1996/53/Add.1. 4 de Janeiro de 1996, para. 8

²⁹⁴ ARGIBAY, Carmen M., p. 379,

Veja-se novamente a Transcrição do julgamento oral, ponto 63. Acerca das condições em geral das “mulheres de conforto” *vide* MAFFEI, Maria Clara (2002) Prostituzione forzata e Diritto Internazionale: Il caso delle «Donne di Conforto». 1ª edição. Milão: La Giuffrè Editore

²⁹⁵ ARGIBAY, Carmen M. (2003), p. 376

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 377

Transcrição do julgamento oral, ponto 32

²⁹⁷ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 49, 51, 52

de ter sido o primeiro tribunal a proceder a uma condenação por crime de violação e escravatura enquanto crimes contra a humanidade por uma conduta que na sua essência constituía um ilícito de escravatura sexual.²⁹⁸ A ausência de consagração do crime de escravatura sexual no estatuto do tribunal enquanto um dos crimes alvo de punição foi a grande dificuldade a ultrapassar, pelo que a única solução passou por proceder à acusação pelos crimes de violação e escravatura para fins sexuais, como crimes contra a humanidade (art.5º) enquanto condutas autónomas. Ainda assim, o tribunal poderia encontrar algum tipo de base para eventual condenação no Estatuto de Roma, uma vez que, o caso de Kunarac, Kovac & Vukovic teve um desfecho após a conclusão das negociações sobre os elementos do crime do TPI.

As vítimas permaneceram prisioneiras em instalações próprias, algumas delas mesmo ao lado do prédio da polícia municipal, foram submetidas a actos de nudez forçada, entretenimento sexual²⁹⁹ e violadas sistematicamente por longos períodos de tempo, como consequência da ocupação da região Foča, na Sérvia em 1992, pelas forças militares sérvias, sendo que de entre as medidas iniciais decretadas encontrava-se a exigência de separação das mulheres e crianças dos homens e a sua condução a locais específicos onde permaneceriam presos.³⁰⁰ Em outros casos, as vítimas foram transferidas para diferentes pontos para melhor acesso sexual, sempre que os agressores exigissem³⁰¹, foram ainda cedidas e vendidas a outros soldados com intuito de serem abusadas sexualmente.

Assim, inspirando-se nas fontes do Direito Internacional Humanitário,³⁰² onde se inclui a Convenção da Escravatura de 1926, a Primeira Instância considerou que o elemento objectivo do ilícito seria “o exercício de qualquer ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma pessoa”, já o elemento subjectivo do tipo seria o exercício intencional de tais poderes.³⁰³ Constatou também que de entre os indícios de escravatura podem surgir elementos de controlo e propriedade, restrição ou controlo da autonomia de um individuo, bem como da liberdade de escolha ou liberdade de circulação, algum tipo de

²⁹⁸ ASKIN, Kell (2003), p. 333

²⁹⁹ ARGIBAY, Carmen M. (2003), p. 385

³⁰⁰ ASKIN, Kelly (2003), p. 333

³⁰¹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Case No.: IT-96-23-PT, Amended Indictment, 8 de Novembro de 1999, para. 1.6, 5.1, 5.3, 5.5, 10.2, 11.3, a título exemplificativo

³⁰² Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001, para. 518-538

³⁰³ Ibidem, para. 539-540

ganho para o agressor, ausência de consentimento ou livre arbítrio, exploração, “a exigência de trabalho ou serviço forçado ou compulsório, muitas vezes sem remuneração e muitas vezes, embora não necessariamente, envolvendo dificuldades físicas”, sexo forçado, prostituição, tráfico de pessoas, tratamento de exclusividade, sujeição a tratamentos e abusos cruéis e controlo da sexualidade.³⁰⁴ Há ainda que salientar, com base no direito internacional, nomeadamente em disposições da IV Convenção de Genebra e Protocolos Adicionais³⁰⁵, que o trabalho ou o serviço de civis em conflitos armados não são proibidos, devendo obedecer a condições rigorosas, pois mesmo a “aquisição” ou “disposição” de alguém através de uma compensação monetária ou de espécie, não funciona como um elemento obrigatório do crime de escravatura, funcionando antes, como um bom exemplo do exercício do direito de propriedade sobre alguém. Outro factor a ter em conta poderá ser a duração do tratamento de escravatura, que verá a sua importância acentuada junto de outros indícios.³⁰⁶

Do lado da acusação, alegou-se que a capacidade de comprar, vender, negociar uma pessoa ou os seus serviços, poderia ser um factor preponderante, o tribunal refutou, afirmando que a mera capacidade de o poder fazer é insuficiente.³⁰⁷ Além do mais, o direito de propriedade também pode ser estabelecido impondo à vítima uma privação de “liberdade semelhante”, sendo o termo interpretado amplamente e especialmente à luz dos restantes indícios aqui previstos, é possível captar todos os métodos pelos quais alguém pode ser escravizado, onde se situa a exploração da sexualidade.³⁰⁸ No fundo, esta mudança de paradigma, permite uma concentração na privação da liberdade individual e não em eventuais violações da honra da vítima.³⁰⁹

É de notar que em alguns casos o cativo que afectava a vítima situava-se não num patamar físico, mas psicológico, uma vez que, por diversas ocasiões eram dadas as chaves dos espaços físicos onde se encontravam confinadas, deixando em outras ocasiões, a porta

³⁰⁴ Ibidem, para. 542

³⁰⁵ IV Convenção de Genebra Relativa à Protecção dos Civis em Tempo de Guerra de 12 de Agosto de 1949, art. 95º, 96º, 51 (...)

³⁰⁶ Ibidem, para. 542-543

³⁰⁷ Ibidem

³⁰⁸ OOSTERVELD, Valerie (2004) Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law. Michigan Journal of International Law. Vol. 25 nº3, p. 650

³⁰⁹ BOON, Kristen (2001), p. 627, Oosterveld afirma que embora a autora se estivesse a referir ao crime de violação, a sua observação é igualmente válida para o crime de escravatura. Cfr OOSTERVELD, Valerie, p. 650, nota 185

não trancada.³¹⁰ Aliás, mais do que isso, quando as chaves eram entregues era com o intuito de evitar a entrada a potenciais agressores, que não aqueles que estavam autorizados, ficando patente o exercício de direito de propriedade sobre as mesmas, de forma a manter a relação de exclusividade com as vítimas no que respeita aos actos abusivos.³¹¹ Concluiu-se em julgamento, que a restrição de movimentos e a detenção não são elementos obrigatórios para estarmos perante um fenómeno de escravatura e aceitou-se, que no caso concreto, o medo das consequências, bem como todo o ambiente hostil e de perseguição funcionassem aqui como factores que impediam as prisioneiras de fugir, estando os acusados conscientes desse facto.³¹²

A par do controlo a que eram sujeitas em todos as vertentes da sua vida pessoal, recaía sobre as mesmas a obrigação de obedecer a todas as ordens, onde se incluíam a realização de tarefas domésticas. Os maus-tratos eram igualmente uma realidade, podendo expor-se a situação em que Kunarac conduziu um soldado ao local onde as vítimas permaneciam para que, se assim desejasse, pudesse violar a testemunha FWS-191 em troca de 100 Deutschmark, e num outro espaço tempo tentou violar a mesma testemunha em frente a outros soldados quando ela se encontrava na cama de um hospital.³¹³

Das conclusões mais importantes a que se chegou em sede de julgamento encontra-se o facto de que apesar de o controlo sobre a autonomia sexual de alguém ou a obrigação de prestar serviços sexuais poderem ser indícios de escravatura, não são elementos do crime, pelo que não necessitam de estar todos reunidos.³¹⁴ Até porque, no caso em questão, provou-se que a escravatura e a violação tinham uma actuação conjunta, já que os acusados praticavam o crime de escravatura para puderem violar de forma contínua as diversas vítimas. Por isso mesmo, os factos indicam a presença do crime de escravatura sexual, termo este, nunca usado em sede de julgamento. No julgamento de recurso esclareceu-se que a definição avançada pela Primeira Instância é parte integrante das formas contemporâneas de escravatura e por isso, diferente da definição tradicional, pelo que a vítima não precisa de ser submetida aos direitos de propriedade mais extremos, tratada

³¹⁰ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgement, 22 de Fevereiro de 2001, para. 265, 740

³¹¹ ASKIN, Kelly (2003), p. 339

³¹² Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgement, 22 de Fevereiro de 2001, para. 740

³¹³ Ibidem, para. 742

³¹⁴ ASKIN, Kelly (2003), p.340

como uma “mercadoria”, para se qualificar como escravatura sexual.³¹⁵ Enfatizou-se, por último, num tom progressista, que “a escravatura, mesmo que baseada na exploração sexual é uma ofensa distinta da violação”.³¹⁶

b) Caso RUF e AFCR

O julgamento das forças RUF representa a primeira condenação internacional pelo crime de escravatura sexual enquanto crime contra a humanidade. O Tribunal de Primeira Instância começou por observar que a inclusão do tipo, no Estatuto de Roma e no próprio Estatuto do Tribunal da Serra Leoa, tratou-se de uma codificação de actos já previamente interpretados como criminosos pela comunidade internacional.³¹⁷ Tal solução foi “concebida para chamar à atenção para crimes graves que foram historicamente ignorados e para reconhecer a natureza particular da violência sexual que tem sido usada, muitas vezes com impunidade (...)”.³¹⁸ Acrescentou também que a escravatura sexual é uma forma específica de escravatura e que no passado muitos dos comportamentos que podem hoje assumir-se como crime de escravatura sexual foram tratados judicialmente como escravatura.³¹⁹

Assim sendo, no decurso do julgamento foram identificados os seguintes elementos que compõem a escravatura sexual: “(i) O acusado exerceu qualquer ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, tais como, comprar, vender, emprestar ou trocar essa pessoa ou pessoas, ou impondo-lhes uma privação de liberdade similar; (ii) O acusado fez com que essa pessoa ou pessoas se envolvessem em um ou mais actos de natureza sexual; e (iii) o acusado pretendia exercer o acto de escravatura sexual ou agiu com o conhecimento razoável de que isso provavelmente ocorreria.”³²⁰ Há ainda que salientar, que não existe o requisito da presença de qualquer

³¹⁵ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Appeal Judgement, 12 de Junho de 2002, para. 112

³¹⁶ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Appeal Judgement, 12 de Junho de 2002 op. cit. para. 186

³¹⁷ OOSTERVELD, Valerie (2011) The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments. Cornell International Law Journal. Vol. 44 nº1, p. 61

³¹⁸ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 156

³¹⁹ Ibidem, para. 156-157.

³²⁰ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009 op. cit. para. 158

troca ou pagamento para se estabelecer o direito de propriedade e que a privação da liberdade pode incluir a prática de trabalho forçado ou outra forma de reduzir a pessoa ao estatuto servil ou mesmo o seu confinamento a um local físico.³²¹

A acusação deve provar não só a prática de escravatura, mas também que o acusado foi o grande impulsor pelo envolvimento da pessoa escrava em ofensas de natureza sexual.³²² Especificamente quanto ao primeiro elemento, a Primeira Instância adoptou a lista de indícios que haviam sido identificados no julgamento de Kunarac, embora admitindo que as acções previstas no tipo objectivo e que possam reflectir o exercício do direito de propriedade não são exaustivas.³²³ Salientou-se ainda, que o consentimento não é um elemento a ser provado pela acusação embora “possa ou não ser relevante a partir de uma perspectiva de evidência para determinar ou não se o acusado exerceu qualquer dos poderes inerentes ao direito de propriedade “. ³²⁴ O órgão judicial subscreveu novamente, a este propósito, as conclusões do caso Kunarac, destacando que “circunstâncias que tornam impossível expressar o consentimento podem ser suficientes para presumir a ausência de consentimento”,³²⁵ como seria o caso do ambiente de conflito vivido na Serra Leoa na altura dos acontecimentos, caracterizado como “violento, hostil e coercivo” e cheio de “incerteza e subjugação” feminina.³²⁶

As vítimas tiveram, enquanto escravas sexuais, de efectuar inúmeras tarefas domésticas, como cozinhar e lavar a roupa e ainda, praticar relações sexuais com os acusados, que

³²¹ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 742-749, 709.

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 160-161.

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-T, Trial Judgement, 18 de Maio de 2012, para. 418-420

³²² Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 162

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Judgement, 18 de Maio de 2012, para. 421

³²³ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 160.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Trial Judgement, 22 de Fevereiro de 2001, para. 543

³²⁴ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009 op. cit. para. 163

³²⁵ Ibidem, para. 163.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Appeal Judgement, 12 de Junho de 2002, para. 120

³²⁶ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009 op. cit. para. 1466, 1470-1471.

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 709

provocaram “grande sofrimento físico e mental”.³²⁷ Ficou ainda patente que o acusado, Denis Mingo (“Superman”), no caso RUF, exerceu direitos de propriedade sobre uma vítima, em virtude do relacionamento conjugal exclusivo que se estabeleceu entre os dois.³²⁸ Além disso, numa ocasião, administrou-lhe drogas de modo a continuar a exercer controlo sobre a mesma.³²⁹ Acrescentando, um novo cenário, dentro do termo “privação de liberdade semelhante”, enquanto indício do exercício do direito de propriedade, poderiam incluir-se as situações em que as vítimas apesar de fisicamente livres, encontravam-se psicologicamente presas ao medo das consequências que poderiam advir da sua fuga.³³⁰

Já quanto ao elemento subjectivo, os dois casos presentes diante do Tribunal da Serra Leoa chegaram a conclusões idênticas, constataram que o elemento seria respeitado se “o acusado pretendesse exercer o acto de escravatura sexual ou agisse com o conhecimento razoável de que isso provavelmente ocorreria”.³³¹

c) O caso de Thomas Lubanga

Thomas Lubanga Dyilo foi comandante militar da Democracia-Movimento de Libertação Nacional e por isso, um dos principais actores de duas grandes guerras na região do Congo, de 1996-1997 e 1998-2003.³³² Foi ainda presumido que o acusado criou em 2002, a União de Patriotas Congolezes, um grupo rebelde composto principalmente por membros da etnia hema e cuja ala militar é a Força de Libertação Patriótica do Congo. Durante 2002 e 2003, o movimento rebelde enfrentou milícias representativas da etnia lendu, entre as quais, o exército popular congolês e a força de resistência patriótica.³³³ O conflito tinha como

³²⁷ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 1474

³²⁸ Ibidem, para. 1463

³²⁹ Ibidem

³³⁰ Ibidem, para.161

³³¹ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 158

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 708.

Veja-se ainda os Elementos do Crime do Estatuto de Roma, artigo 7(1)(g) -2.

³³² MARTÍN, Ana Gemma López (2013) Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre Reparación a las Víctimas: Caso The Prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de Agosto de 2012. Revista Espanhola de Direito Internacional. Vol. 65 nº2, p. 210-211

³³³ Ibidem

intuito ganhar o controlo político e militar da região Ituri, e em consequência morreram mais de 60 mil pessoas e foram obrigadas mais de três mil crianças a adoptar a veste de soldado para fazer face aos desafios bélicos, no que respeita a recursos humanos.³³⁴ Graças a este cenário de destruição, República Democrática do Congo accionou o artigo 14º do TPI, em Março de 2004, pedindo a intervenção do tribunal na região.

O papel desempenhado pela acusação foi alvo de várias críticas, nomeadamente pela dificuldade em compatibilizar a aplicação de sanções pela prática de graves crimes internacionais e o cumprimento dos direitos do acusado.³³⁵ Por isso, os procedimentos foram interrompidos duas vezes pelo Tribunal de Primeira Instância, pois persistia uma certa preocupação na forma como a acusação havia realizado as suas investigações, nomeadamente por ter violado a sua obrigação de divulgação das provas arrecadadas, com vista a garantir um julgamento justo.³³⁶ Na fase de investigação denunciou casos de violações, tortura, deslocamento forçado e o uso ilegal de crianças-soldado, tendo inclusive divulgado, aquando da solicitação do pedido de prisão e entrega do acusado, que de acordo com a UNICEF, cerca de 30 mil crianças estavam a ser usadas como guarda-costas dos seus superiores, bem como combatentes, mensageiros, porteiros, cozinheiros e ainda sujeitos a serviços sexuais forçados e tarefas domésticas.³³⁷ Contudo, decidiu limitar a sua acusação a crimes de guerra essencialmente ao crime da utilização de crianças soldados, deixando de parte, acusações relacionadas com crimes de natureza sexual, onde se incluía a escravatura sexual.³³⁸

Durante a sessão de julgamento, o tribunal não deixou de constatar que a maioria das vítimas que participaram no processo alegou que tinha sido alvo de crimes de recrutamento, alistamento, nomeadamente enquanto crianças soldado com idade inferior a

³³⁴ Ibidem

³³⁵ Ibidem, p. 210

³³⁶ KURTH, Michael E. (2013) The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber's Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 5 nº2, p. 433-434.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case N. ICC-01704-01/06, Trial judgement, 13 de Junho de 2008, para. 41-42, 92-95.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case N. ICC-01/04-01/06, Trial Judgement, 8 de Julho de 2010, para. 31

³³⁷ MARTÍN, Ana Gemma López (2013), p. 211

BOU FRANCH, Valentín (2015) El Crimen Internacional de Esclavitud Sexual y la Práctica de los «Matrimonios Forzados». *Anuario Español de Derecho Internacional*. Vol. 31, p. 101

³³⁸ AMBOS, Kai (2012) El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. *Revista para el Análisis del Derecho*. nº3, p. 5

15 anos, com o intuito de participarem activamente nas hostilidades e também sofreram crimes sexuais, tortura e outras formas de maus-tratos.³³⁹ Apesar de tal conclusão, encontrando-se o órgão judicial limitado pelo alcance das acusações apresentadas pela própria acusação (art. 74º nº2 do TPI), apenas conseguiu arguir que “as alegações das meninas-soldado de que haviam sido utilizadas como escravas sexuais, resultando em inúmeras gravidezes forçadas”, ficaram fora da sua jurisdição, embora existissem testemunhas que davam conta que muitas das meninas que integraram a milícia FPLC foram alvo de actos de violência sexual derivado desse facto.³⁴⁰ Além disso, novos testemunhos deixaram patente que o acusado foi informado da prática de violações, escravatura sexual e gravidez forçada, ou que este afirmou serem pouco frequentes.³⁴¹ Ainda assim, um avanço positivo no trabalho da acusação deve ser enaltecido, esta concluiu que as provas utilizadas demonstravam que as recrutas femininas foram submetidas a crimes de violência sexual e “subserviência conjugal” derivado do seu género. Tal facto constitui um factor agravante, analisada a Regra 145 (2) (b) (v), que aponta como motivo discriminatório que guie a prática do crime, o género da vítima.³⁴² Não foi, contudo, encontrado pelo Tribunal essa base discriminatória.³⁴³

A este propósito, os juízes viram o seu trabalho restringido pelos ilícitos apresentados pela acusação, em respeito pelo artigo 74 (2) do Estatuto de Roma, que não permite que o órgão judicial aprecie matéria factual além daquela apresentada pela acusação. A juíza Odio Benito discordou desta limitação, assegurando que o TPI tem a obrigação de produzir uma definição geral da figura da criança soldado e não a deve limitar ao alcance das acusações apresentadas.³⁴⁴ Para si, a base legal que justifica o seu argumento encontra-se no artigo 21 (3) do Estatuto de Roma, que obriga o tribunal a aplicar as fontes de direito pertinentes (o Estatuto do TPI, os Elementos do Crime, as Regras de Procedimento e de Prova, etc.), de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.³⁴⁵ Não obstante, o escopo e o efeito exactos do artigo têm sido amplamente discutidos por certos

³³⁹ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case N.ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, 10 de Julho de 2012, para. 13

³⁴⁰ Ibidem, para. 12-13

³⁴¹ Ibidem, para. 72

³⁴² Ibidem, para. 79

³⁴³ Ibidem, para. 81

³⁴⁴ Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, Prosecutor v. Lubanga, Case N.ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, 10 de Julho de 2012, para. 20

³⁴⁵ KURTH, Michael E. (2013), p. 440

estudiosos,³⁴⁶ que advertem para a possibilidade de uso incorrecto, já que o artigo 3º do estatuto tem como função assegurar que a aplicação ou interpretação das fontes de direito mencionadas pelo tribunal produzem resultados compatíveis com os direitos humanos vigentes na ordem internacional.³⁴⁷ O tribunal não deve utilizar o artigo 21º (3) para pronunciar-se sobre um assunto específico ou para definir um conceito jurídico, mas tendo em conta as especificidades do caso, especialmente no que concerne ao problema da delimitação dos conceitos de “uso activo” de crianças soldados e de participação directa, uma definição mais abrangente do elemento objectivo do tipo (art. 8º (2) (e) (vii) seria bem-vinda.³⁴⁸ A juíza Odio Benito fez um esforço de forma a tentar definir de forma mais ampla o alcance que o conceito “uso activo” pode deter. Para si, a protecção das crianças soldado não pode ficar restrita a actividades que as exponham de forma directa aos perigos que podem advir do conflito bélico, deve também abranger qualquer dano que estas possam sofrer por parte de quem as recrutou a título ilegal, como é o caso dos crimes sexuais:

*“A violência sexual cometida contra crianças nos grupos armados causa danos irreparáveis e é uma consequência directa e inerente ao seu envolvimento com o grupo armado. A violência sexual é um elemento intrínseco da conduta criminal de “uso para participar activamente nas hostilidades”. Meninas que são usadas como escravas sexuais ou “esposas” de comandantes ou outros membros do grupo armado prestam apoio essencial aos grupos armados.”*³⁴⁹

A sua interpretação não deixou de ser alvo de críticas. Para Michael Kurth a violência sexual não pode ser interpretada como preenchendo o conceito de “uso activo” nas

³⁴⁶ SHEPPARD, Daniel (2010) The International Criminal Court and “Internationally Recognized Human Rights: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute. *International Criminal Law Review*, vol. 10, pp. 43, 46-48

³⁴⁷ PELLET, A. (2002) *Applicable Law in CASSESE*, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John. R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. 1ª edição, Vol. II, Oxford: Oxford University Press, pp. 1051, 1079-1082

³⁴⁸ O conceito de participação directa é explorado pelo I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Protecção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, 8 de Junho de 1977, Art. 77 (2), bem como, no II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 Relativo à Protecção de Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais, 8 de junho de 1977, Art. 4 (3) (c). Consulte-se ainda COTTIER, M. (1999) Article 8 in TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. 1ª edição. Baden-Baden: Nomos, p. 229.

HAPPOLD, M. (2007) *Prosecutor v. Thomas Lubanga*, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 56, nº3, pp. 713, 719-721

³⁴⁹ *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, Prosecutor v. Lubanga, Trial Judgment*, 10 de Julho de 2012, para. 20

hostilidades. Na sua opinião, esta análise vai além do significado comum da redacção e viola o artigo 22 (2) do Estatuto de Roma referente ao princípio *nullum crimen sine lege*, porque excede o significado de “uso activo”, oferecendo quase a base para a criação de uma nova lei.³⁵⁰ Além disso, mesmo que ultrapassado este obstáculo, também o princípio *in dubio pro reo* é colocado em risco, já que o próprio estatuto nos artigos 22º e 23º impõe que perante um caso de ambiguidade, a definição dos elementos do crime deva ser interpretada a favor do acusado.³⁵¹

A 10 de Julho de 2012 foi considerado culpado de “recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos e usá-los para participar activamente das hostilidades” enquanto crimes de guerra, “durante o período de 1 de setembro de 2002 a 13 de agosto de 2003”.³⁵² Ademais, tendo na base as evidências apresentadas em sede de julgamento, não foi possível concluir que a violência sexual contra as crianças que foram recrutadas foi suficientemente difundida para ser vista como parte do decurso normal da implementação do plano comum de que Lubanga é responsável. A seu par, não existem provas que sugiram que o acusado de alguma forma ordenou ou incentivou à prática de violência sexual ou que estava ciente disso.³⁵³ Tal resultado foi atribuído, de certo modo, à inércia por parte da acusação que se absteve quer de apresentar provas durante a audiência da sentença, quer de tecer algum comentário a qualquer evidência relevante apresentada em julgamento. Por isso, o vínculo entre Lubanga e a violência sexual não foi estabelecido além de qualquer dúvida razoável, não podendo ser considerado para efeitos de determinação da sentença.³⁵⁴

3.5. Casamento forçado e escravatura sexual

A partir da década de 90, os crimes sexuais e os crimes de género ganharam uma nova atenção graças ao trabalho elaborado pelos Tribunais Penais Internacionais, especialmente no que concerne ao Tribunal da Serra Leoa, que reconheceu o casamento forçado como um verdadeiro crime internacional. Estabelecido o precedente, nenhum outro órgão judicial

³⁵⁰ KURTH, Michael E. (2013), p. 442

³⁵¹ *Ibidem*

³⁵² *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, 10 de Julho de 2012 op. cit. para. 107

³⁵³ *Ibidem*, para. 74

³⁵⁴ *Ibidem* para. 75

procedeu a condenações pela mesma base.³⁵⁵ A Serra Leoa foi o primeiro território a lidar com este flagelo. Vários são os estudos que atestam o número e a gravidade do ilícito, por exemplo, um dos relatórios concluiu que inúmeras mulheres e meninas da região foram submetidas a “casamentos” forçados únicos ou poligâmicos, principalmente pelas Forças da Frente Revolucionária Unida (RUF) e do Conselho Revolucionário das Forças Armadas (AFRC), que as submeteram a variadas formas de violência.³⁵⁶ Tal cenário foi o resultado da guerra civil entre várias guerrilhas, contando inclusive com o apoio de países vizinhos, resultando em cerca de 257 mil mulheres vítimas de violência sexual.³⁵⁷

Nestes dois casos, reflectiu-se sobre a dinâmica que liga o casamento forçado à escravidão sexual. Em ambos, o tribunal utilizou a categoria “outros actos desumanos” para fundamentar a acusação, uma vez que, não existia uma previsão expressa do ilícito no estatuto do tribunal, nomeadamente como crime contra a humanidade. O procedimento iniciou-se com o pedido bem-sucedido da acusação para incluir o casamento forçado na lista de ilícitos, sendo aditado às acusações referentes à violência sexual, no caso AFRC:³⁵⁸

*“[The count related to forced marriage [...] is as much sexual, indeed a gender offence, as those that were included in the initial individual indictments [i.e. rape, sexual slavery and other forms of sexual violence, and outrages upon personal dignity] and that feature is the current consolidated indictment [...]”*³⁵⁹

Daqui se extrai a primeira conclusão do julgamento, de que o Tribunal de Primeira Instância interpretou o casamento forçado como um crime predominantemente sexual e não como um crime relacionado com a atribuição de um status indesejado de “esposa”,³⁶⁰ isto é, um crime constituído por mais camadas que não aquelas que respeitam aos seus elementos sexuais. A juíza Justice Sebutinde seguiu esse caminho, afirmando que as provas do casamento forçado se encontravam abrangidas pelas acusações referentes à

³⁵⁵ TOY-CRONIN, Bridgette (2010) What is Forced Marriage? Towards a Definition of Forced Marriage as a Crime against Humanity. *Columbia Journal of Gender and Law*. Vol. 19 n°2, pp. 540-541, 562-563

HOWARTH, Kathryn (2008) The Special Court for Sierra Leone – Fair Trials and Justice for the Accused and Victims. *International Criminal Law Review*. Vol. 8 n°3, p. 420

³⁵⁶ We'll Kill you if you Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict. Human Rights Watch. Vol. 15, No. 1 (A), Janeiro de 2003, p. 43-45

³⁵⁷ *Ibidem* para. 25-26

³⁵⁸ Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Trial Chamber Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment, Case No. SCSL-2004-16-PT, 6 de Maio de 2004, para. 58

³⁵⁹ *Ibidem*, para. 50-51

³⁶⁰ OOSTERVELD, Valerie (2011) Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties. *International Humanitarian Legal Studies*. Vol. 2 n°1, p. 131

escravatura sexual, “this is because the sexual element inherent in these acts tends to dominate the other elements therein such as forced marriage and other forced conjugal duties.”³⁶¹

A sua argumentação vai de encontro ao que a acusação pretendeu demonstrar, que os casamentos forçados não partilham de uma natureza única e exclusivamente sexual.³⁶² Por isso, a própria acusação elaborou uma definição onde privilegia os elementos não sexuais: “Consiste em palavras ou outras condutas, destinadas a conferir o status de casamento através da força, ameaça de força ou coerção, como aquele causado pelo medo da violência, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder contra a vítima ou aproveitando um ambiente coercivo com a intenção de conferir o status de casamento”.³⁶³

Foi levantada a questão se a definição aqui exposta deve concentrar-se unicamente na atribuição forçada do estatuto de “esposa” ou “esposo”, ou se deve também ter em conta os actos forçados decorrentes da atribuição desse estatuto. Um dos lados da questão, destacou que podendo o casamento forçado incluir outras ofensas como a escravatura, a violação ou mesmo o rapto, permite abranger um maior dano global associado a determinadas ofensas, capturando por isso, um dano que não é apreendido ou apreendido de forma deficiente por outros termos do direito internacional, ou melhor, por outros ilícitos.³⁶⁴ Por outras palavras, o casamento forçado equivale a mais do que a soma dos seus elementos constituintes. “Não é simplesmente igual aos crimes de violação + escravatura sexual + trabalho forçado”, mas “é a totalidade e efeito cumulativo das obrigações impostas à vítima contra a vontade dela e o trauma mental simultâneo que torna o casamento forçado um crime distinto”.³⁶⁵ Por isso mesmo, autores como, Carlson e Mazurana, argumentam que

³⁶¹ Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde on the Trial Chamber’s Decision on Defence Motions for Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 98, Prosecutor v. Brima et al, SCSL-04-16-T, Trial Judgement, 31 March 2006, para 14

³⁶² OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 131

³⁶³ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Prosecution Final Trial Brief, 6 de Dezembro de 2006, para. 1009-1012

³⁶⁴ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-A, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 201.

SCHANCK, Beth Van (2009) Atrocity Crimes Litigation: 2008 Year-In-Review. *Northwestern Journal of International Human Rights*. Vol. 7 n°2, p. 205

³⁶⁵ JAIN, Neha (2008) Forced Marriage as a Crime Against Humanity: Problems of Definition and Prosecution. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 6 n°5, p. 1031.

MATTLER, Suzanne, SCHARF, Michael (2005) Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity. Working Paper 05-35. Case Research Paper Series in Legal Studies. p. 14-17.

as diversas dimensões que compõem o casamento forçado não devem ser confundidas com as que integram os ilícitos singulares que podem coexistir no casamento forçado, nomeadamente a escravatura sexual ou a violação, uma vez que, as experiências vividas e as consequências que podem ter sobre as “esposas” ou “esposos” exigem diferentes respostas da justiça.³⁶⁶ Assim sendo, se procedêssemos a acusações singulares pelas ofensas numeradas corríamos o risco de não captar todo o dano global que o casamento provoca e consegue captar numa acusação singular como um acto desumano.³⁶⁷ A este propósito, afirmam que “reconhecer um crime (casamento forçado) que regularmente incorpora crimes internacionais já reconhecidos e bem conhecidos, mas que ultrapassa esses actos dificilmente parece imprevisível ou manifestamente injusto”, por essa mesma razão, não coloca em perigo o princípio do *nullum crimen sine legge*.³⁶⁸ Além disso, a falta de especificidade de que é acusada esta corrente e o respectivo casamento forçado é permitida e típica da categoria “outros actos desumanos”, o fundamento legal para a sua punição.³⁶⁹

O outro lado da questão defende que o casamento forçado deve ser entendido como um acto específico, cujo o elemento que se destaca é a atribuição forçada do estatuto de “casamento”, e onde devem ser somente analisados os danos que a imposição deste estatuto implica.³⁷⁰ O que requer que outras ofensas que possam ser sofridas no seio do casamento forçado são ofensas separadas que merecem ser punidas isoladamente.³⁷¹ No fundo, separa o dano provocado pelo casamento forçado propriamente dito e os danos que possam decorrer como resultado desse casamento. Esta abordagem capta apenas um dos danos, isto é, a atribuição do status de casamento e consequentes efeitos, o que permite alcançar a essência de cada uma das ofensas e seus danos sem qualquer confusão ou

FRULLI, Micaela (2008) Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a ‘New’ Crime against Humanity. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 6 n°5, p. 1036

³⁶⁶ CARLSON, Khristopher, MAZURANA, Dyan (2008) Forced Marriage within the Lord’s Resistance Army, Uganda. *Feinstein International Center*, p. 15-16

³⁶⁷ WHARTON, Sara (2011) The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting ‘New’ Crimes before the Special Court for Sierra Leone. *International Criminal Law Review*. Vol. 11 n°2, p. 232

³⁶⁸ WHARTON, Sara (2011), p. 231.

FRULLI, Micaela (2008), p. 1040

³⁶⁹ OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 146.

CASSESE, Antonio (2008) *International Criminal Law*. 2ª Edição. Oxford; Nova Iorque: Oxford University Press, p. 41

³⁷⁰ TOY-CRONIN, Bridgette (2010), p. 576

³⁷¹ *Ibidem*

sobreposição.³⁷² Tal interpretação apresenta vantagens também ao nível do género porque as ofensas que resultam do segundo conjunto de danos são quase em exclusivo atribuídas ao sexo feminino, permitindo que o casamento forçado possa ser mais facilmente considerado um ilícito de género neutro.³⁷³

Relativamente ao primeiro dano, o tribunal mostrou-se convicto que:

*“Not one of the victims of sexual slavery gave evidence that the mere fact that a rebel had declared her to be his wife had caused her any particular trauma, whether physical or mental (...)”*³⁷⁴

Contribui para tal conclusão, a concepção que o órgão judicial tinha sobre o casamento, que era distinta da acusação. Para aquele, o casamento era uma instituição que estabelecia obrigações mútuas para os dois cônjuges, implicando uma igualdade entre os mesmos, por isso, não foi estabelecido pela prova testemunhal que estes se consideravam realmente casados, muito por conta da falta de consentimento e porque o uso do termo “esposa” era utilizado com o intuito de demonstrar o direito de propriedade que tinha sobre a vítima e não com intenção de assumir um estatuto conjugal ou quase conjugal.³⁷⁵ No caso RUF, o tribunal chegou a conclusões semelhantes, provou-se que o casamento forçado e outros crimes de género foram concretizados não apenas para “satisfação pessoal” ou uma “forma de gratificação sexual para o combatente”, mas também como parte de uma tentativa de concretizar o crime de guerra de aterrorizar a população civil como um todo, de modo a permitir a sua submissão perante as forças rebeldes.³⁷⁶ Por outro lado, a acusação pareceu utilizar uma compreensão tradicional de casamento que existia em contexto pré-guerra, na região da Serra Leoa, na qual as mulheres deveriam subordinar-se

³⁷² Ibidem, p. 578

³⁷³ Ibidem, p. 579-580, Para a autora o importante não se afigura os “papéis” que cabe a cada um dos cônjuges no casamento, mas sim se estes e a sua própria comunidade se consideram vinculados: “[t]here is no need to look to factors such as co-habitation, sexual relationship, or domestic duties and responsibilities to determine if a marriage exists in the eyes of the victims.”

³⁷⁴ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007 op. cit. para. 710

³⁷⁵ Ibidem, para. 711- 712

³⁷⁶ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 1466, 1357

aos homens, portanto, o uso do termo “esposas” no seio do conflito, afigurava-se como uma extensão dos deveres da esposa fora do conflito.³⁷⁷

A adoção daquela visão é possivelmente a razão pela qual, a Primeira Instância equiparou o segundo conjunto de danos avançados pela acusação, ou seja, aqueles que derivam dos deveres e obrigações forçados associados à condição de “esposa” com aqueles que resultam de uma escrava sexual, nomeadamente o seu envolvimento forçado em práticas sexuais.³⁷⁸ Por isso mesmo, é compreensível, até certo ponto, a interpretação das evidências apresentadas em julgamento como rapto, violação, trabalho forçado enquanto escravatura, mas já não a redução de toda a experiência como “esposa”, a elementos de natureza sexual.³⁷⁹ No fundo, transforma-se um crime com uma forte componente de género num crime sexual, priorizando estes elementos sobre os danos que provoca em âmbitos não sexuais. A opção reflecte uma tendência na arena internacional de interpretar a experiência feminina no conflito através de uma lente sexualizada³⁸⁰, ignorando a complexidade que a componente de género possui e que abrange outros campos, sendo transversal a praticamente todos os domínios do quotidiano. Por essa mesma razão, foi rejeitada a categorização do casamento forçado como um acto desumano, que enquanto categoria residual está reservada a condutas de natureza não sexual que ferem a dignidade humana, sem previsão expressa.³⁸¹

A este respeito deve mencionar-se o caso de Charles Taylor, que apesar de não ter contido o casamento forçado nas acusações foi admitido que o mesmo é um crime composto simultaneamente por elementos sexuais e não sexuais.³⁸² Deve remeter-se neste ponto para

³⁷⁷ BÉLAIR, Karine (2006) *Unearthing the Customary Law Foundations of “Forced Marriages” During Sierra Leone’s Civil War: The Possible Impact of International Criminal Law on Customary Marriage and Women’s Rights in Post-Conflict Sierra Leone*. *Columbia Journal of Gender and Law*. Vol. 15 nº3, p. 567-577

OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 133

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 133

³⁷⁹ Esta restrição ao domínio sexual é exposta em Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, *Witness to Truth: Report of the Truth and Reconciliation Commission*. Vol. 3, Capítulo 3b (2004), para. 301. Em sentido contrário, CARLSON, Khristopher, MAZURANA, Dyan (2008), p. 14-15

³⁸⁰ OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 134

Consulte-se igualmente BAAZ, Maria Eriksson, STERN, Maria (2010) *The Complexity of Violence: A critical analysis of sexual violence in the Democratic Republic of Congo (DRC)*. Working Paper on Gender Based Violence. The Nordic Africa Institute, p. 12-14

³⁸¹ *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement*, 20 de Junho de 2007, para. 697

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 185, 186

³⁸² *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Judgement*, 18 de Maio de 2012, para. 424-430

as conclusões chegadas no Tribunal do Camboja em relação ao Khmer Rouge que quando ascendeu ao poder procedeu à retirada de todos os aspectos da cultura e da sociedade cambojana, de modo a tornar o território “socialista, totalmente independente e social e etnicamente homogéneo”,³⁸³ tendo reflexos na instituição do casamento. A regra anterior eram os casamentos organizados pela família dos noivos, mas a partir desse momento tornaram-se mais impessoais, sem qualquer envolvimento da família ou mesmo do próprio “casal”, que muitas vezes, não tinha conhecimento prévio da união, ou seja, ao contrário do que ocorreu na Serra Leoa, aqui os dois eram coagidos a enveredar pelo matrimónio.³⁸⁴

A selecção era levada a cabo pelo próprio Khmer Rouge³⁸⁵ e por isso mesmo, a definição que o Tribunal da Serra Leoa avançou foi pensada exclusivamente na realidade daquela região, não podendo ser aplicada no Camboja, em que a coacção obedecia a um género neutro, além de que no que respeita às ofensas que podiam ser cometidas no seio do “casamento” (2º dano), abrangiam também os homens que poderiam ser obrigados a cumprir deveres e obrigações inerentes a um “marido”, como a prática de relações sexuais forçadas e a conseqüente obrigação de engravidar a sua “esposa”.³⁸⁶ Outra diferença assenta no facto, de que atentando à realidade vivida na região, é mais facilmente perceptível a diferença entre o casamento forçado e a escravatura sexual. O relacionamento que se estabelecia entre o “casal” assemelhava-se a uma espécie de parceria, em que os dois eram encorajados a praticar relações sexuais e por isso, a natureza sexual não era um traço característico do casamento. A seu par, o exercício do direito de propriedade sobre uma pessoa, tal como ocorre na escravatura sexual, não era ali patente.³⁸⁷ Aliás, o Khmer Rouge acreditava que a prática de relações sexuais distraía os intervenientes do trabalho a realizar.³⁸⁸

³⁸³ JAIN, Neha op. cit. p. 1022

³⁸⁴ TOY-CRONIN, Bridgette (2010), p. 541-542

³⁸⁵ JAIN, Neha (2008), p. 1024-1025

³⁸⁶ TOY-CRONIN, Bridgette (2010), p. 578-581.

NOWROJEE, Binaifer (2005) Making the Invisible War Crime Visible: Post-Conflict Justice for Sierra Leone's Rape Victims. Harvard Human Rights Law Journal vol. 18, p. 102.

E ainda, MATTLER, Suzanne, SCHARF, Michael (2005), p. 22-23

Caminhando num sentido oposto, concentrando-se quase exclusivamente no casamento forçado como um crime em que uma mulher é casada contra a sua vontade embora reconheça que os homens possam ser vítimas, PALMER, Amy (2009), p. 133

³⁸⁷ CHRISTENSEN, Cameron (2015) Forced Marriage at the Cambodian Crossroads: ECCC Can Develop a New Crime Against Humanity. Brigham Young University Law Review. Vol. 6, p. 1842-1843

³⁸⁸ TOY-CRONIN, Bridgette (2010), p. 545

Retornando à Serra leoa, no caso AFRC, a acusação destacou ainda que apesar de as relações sexuais terem uma ocorrência assídua neste cenário, possuem características próprias, como a exposta, que tornam o casamento forçado detentor de uma gravidade tal, suficiente para ser qualificado de crime contra a humanidade, na categoria de “outros actos desumanos”,³⁸⁹ categoria esta, reservada a actos que provocam danos sérios na saúde mental e física da pessoa, integridade e dignidade.³⁹⁰ Alega também que a escravatura sexual não equivale necessariamente ao casamento forçado, na medida em que um escravo sexual nem sempre é obrigado a ingressar numa relação matrimonial.³⁹¹ Da mesma forma, que uma vítima de violência sexual não é necessariamente obrigada a realizar todas as tarefas associadas a um casamento, o que equivale a dizer, o casamento forçado pode incluir violência sexual ou escravatura, mas não é uma norma imperativa, partilhando de elementos próprios e distintivos, que permitem identificar a gravidade da ofensa.³⁹²

O tribunal entendeu que as evidências trazidas para o caso pela acusação, denotavam a presença de alguns elementos da escravatura sexual, não ficando patente, que o casamento forçado era uma ofensa distinta da escravatura sexual.³⁹³ Para o tribunal todos os elementos que compõe o crime de escravatura sexual, previstos nos Elementos do Crime do Estatuto de Roma, estavam ali presentes. Durante o conflito armado na região diversas mulheres e raparigas foram raptadas das suas casas e locais de refúgio e detidas pelos membros da AFRC, para posteriormente serem “esposas” de comandantes ou soldados, pelo que a relação que se estabelecia entre eles era de propriedade, especificamente pelo controlo que exerciam sobre a sua sexualidade e a sua liberdade de movimento, obrigando-as também a cumprir com os deveres domésticos enquanto “esposa”.³⁹⁴ Existindo ainda, a possibilidade de serem cedidas a outros soldados, a critério do agressor, uma vez que, a relação de propriedade assim o permitia.³⁹⁵ O próprio termo “esposa” funcionava como um cunho de propriedade sobre a vítima, afastando-se da relação tradicional de marido e

³⁸⁹ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Prosecution Final Trial Brief, 6 de Dezembro de 2006, para. 1009-1012.

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 701

³⁹⁰ ABRAMS, Jason S., BISCHOFF, James L., RATNER, Steven R (2009), p. 75

³⁹¹ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 701

³⁹² Ibidem

³⁹³ Ibidem, para. 711, 713

³⁹⁴ Ibidem, para. 711

³⁹⁵ Ibidem

Consulte-se os Elementos do Crime do Estatuto de Roma, artigo 7(1)(g) -2.

mulher, com direitos e deveres mútuos, daí que nenhuma das vítimas se considerasse realmente casada, foram antes “escolhidas como esposas”.³⁹⁶ Por último foi estabelecido em julgamento que as vítimas não seguiam pelo caminho da fuga porque tinham medo de ser perseguidas, acabando por ser totalmente controladas pela sua condição de “esposas”.³⁹⁷

Ainda assim, um ponto negativo deve ser assinalado. Ao longo do julgamento foram incorporadas diversas evidências que assinalavam a presença do crime de gravidez forçada e a sequente criação dos filhos resultantes da violência sexual.³⁹⁸ Conquanto, a acusação não conteve o ilícito nas suas acusações, retirando-se a ideia de que a gravidez forçada continua a ser vista como uma consequência da prática de outros crimes sexuais em vez de uma violação do Direito Penal Internacional por direito próprio.³⁹⁹ Aliás só com o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é que foi considerado um crime autónomo e foi definido explicitamente, enquanto crime de guerra e contra humanidade, e como genocídio de forma implícita, embora com pressões por parte da Santa Fé e da Igreja Católica que receavam que a previsão da gravidez forçada abrisse o precedente para de certa forma legitimar o aborto a vítimas de violação.⁴⁰⁰ Aliás faz parte do grande paradoxo que cerca este caso, começou por afirmar-se como sendo o primeiro a reconhecer os danos provocados pelo casamento forçado, mas por outro lado, camuflou sob a égide da instituição do “casamento” diferentes tipos de violência sexual e de género.⁴⁰¹

³⁹⁶ *Ibidem*, para. 711, 712

Oosterveld destaca que o termo “casamento forçado” foi considerado erróneo porque tendo em conta o contexto que existia na Serra Leoa, na altura da sua celebração, não pode considerar-se que um verdadeiro “casamento” tenha ocorrido. Cfr. OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 148.

E ainda, GONG-GERSHOWITZ, Jennifer (2009) *Forced Marriage: A "New" Crime Against Humanity?* *Northwestern Journal of International Human Right*. Vol. 8 nº1, pp. 66 e 75

³⁹⁷ *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement*, 20 de Junho de 2007, para. 709

³⁹⁸ *Ibidem*, para.1080

³⁹⁹ *Ibidem*, para. 991, 1080, 1091, 1184, a título exemplificativo. Saliente-se igualmente, *Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 (Forced Marriage)*, p. 30

E também *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, 22 de Fevereiro de 2008, para. 190

LOBATO, María (2016) *Forced pregnancy during the Khmer Rouge Regime: Acknowledging forced pregnancy as a distinct crime in the ECCC proceedings*. Phnom Penh: Cambodian Human Rights Action Coalition, p. 6-8

⁴⁰⁰ BEDONT, Barbara, MARTINEZ, Katherine Hall (1999) *Ending Impunity for Gender Crimes Under the International Criminal Court*. *Brown Journal of World Affairs*. Vol. 6 nº1, p. 42

⁴⁰¹ LOBATO, María (2016), p. 7-8

Posto isto, para a acusação o ponto central do crime de casamento forçado será a intenção do agressor de “conferir um status de casamento por força ou ameaça de força ou coerção”.⁴⁰² Embora tenha destacado que a definição apresentada do crime deve implicar actos além dos destinados a conferir o estado civil.⁴⁰³ Acrescentou ainda que o casamento forçado possui características próprias, de cariz não sexual, que o distinguem da escravatura sexual, como a prática de alguns deveres conjugais, onde se inclui cozinhar e limpar.⁴⁰⁴ Por sua vez, o tribunal rejeitou esses deveres conjugais como caracterização do casamento forçado, considerando-os antes evidências de trabalho forçado e do controlo exercido sobre a vítima.⁴⁰⁵ Conclui o pensamento afirmando que a cláusula “outros actos desumanos” não inclui actos de natureza sexual pois o artigo 2 (g) do Estatuto já contém a disposição “qualquer outra forma de violência sexual”.⁴⁰⁶

Em sede de recurso procedeu-se à acusação dos visados pelo crime de escravatura sexual na categoria “outros actos desumanos” enquanto crime contra a humanidade, como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, e não somente como “ofensas contra a dignidade pessoal” e por isso, crime de guerra.⁴⁰⁷ Aditando-se, que o facto de a conduta não ser incluída nos principais comportamentos tidos como crimes contra a humanidade, não impede que sejam abrangidas pela categoria residual condutas com uma componente sexual e de género.⁴⁰⁸ Todavia, para fundamentar tal afirmação, o tribunal de recurso não se baseou no principal argumento desta discussão, o facto de que o casamento forçado, a par de outros ilícitos, dispõe de multicamadas, nas quais sobressaem aquelas que possuem elementos não sexuais e que violam de maneira igualmente grave a dignidade humana,⁴⁰⁹ permitindo a distinção para com a escravatura sexual. Foi igualmente contrariada a afirmação da Primeira Instância que sustentava que “o simples facto de um rebelde declarar a vítima como a sua esposa não causou algum trauma e que mesmo que isso acontecesse, a conduta não teria sido de gravidade suficiente para ser um

⁴⁰² Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007 op. cit. para. 701

⁴⁰³ Ibidem, para. 698, 711

⁴⁰⁴ Ibidem, para. 701

⁴⁰⁵ Ibidem, para. 711

⁴⁰⁶ Ibidem, para. 703, 697

⁴⁰⁷ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 202

⁴⁰⁸ Ibidem, para. 179

⁴⁰⁹ Ibidem, para. 184.

FRULLI, Micaela (2008), p. 1035-1037 e também JAIN. Neha (2008), p. 1021

crime contra a humanidade”, ou pelo menos não uma gravidade semelhante aos comportamentos censurados no artigo 2º (a) a (h) do Estatuto.⁴¹⁰

É certo que num primeiro momento os elementos que compõe o crime de escravatura sexual, parecem sobrepor-se àqueles identificados na definição de casamento forçado.⁴¹¹ Ainda assim, o tribunal de recurso reconheceu que não era possível subsumir com as provas apresentadas, o casamento forçado no crime de escravatura sexual e destacou a distinção entre os dois ilícitos, apesar de enaltecer traços compartilhados como a privação da liberdade ou a prática não consensual de relações sexuais,⁴¹² e ainda o trabalho forçado e o controlo que os agressores tinham sobre todos os aspectos da vida das suas vítimas. Ademais, e ao contrário do que ocorre na escravatura sexual, o casamento forçado implica uma relação de exclusividade entre o “marido” e a “esposa”, cuja quebra do acordo, poderia implicar consequências disciplinares.⁴¹³ Por sua vez, a escravatura sexual requer o exercício da posse sobre uma pessoa, nomeadamente através de “compra, venda, empréstimo ou troca”, com o propósito de obrigar essa mesma pessoa à prática não consensual de actos de natureza predominantemente sexual, conduzindo-a a um verdadeiro estado servil.⁴¹⁴ No campo do casamento forçado o exercício de propriedade sobre alguém pode não seguir esses padrões e é exteriorizado através da ameaça coerciva de casamento.⁴¹⁵ Contudo, surgem críticas acerca de algumas das conclusões chegadas. O órgão judicial baseou-se na noção de exclusividade para distinguir o casamento forçado e a escravatura sexual, embora possa admitir-se que a característica de exclusividade também

⁴¹⁰ JAIN. Neha (2008), p. 1017.

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007, para. 710

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 200, 201, 199

⁴¹¹ JAIN. Neha, p. 1029.

NGUYEN, Frances (2014) Untangling Sex, Marriage, and Other Criminalities in Forced Marriage. Goettingen Journal of International Law. Vol. 6 nº1, p. 18

⁴¹² Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 195

⁴¹³ Ibidem

⁴¹⁴ JAIN. Neha (2008), p. 1029

⁴¹⁵ NGUYEN, Frances (2014) Untangling Sex, Marriage, and Other Criminalities in Forced Marriage. Goettingen Journal of International Law. Vol 6 nº1, p. 36

possa ter lugar na escravatura sexual, de forma a evidenciar o direito de propriedade sobre a vítima.⁴¹⁶

Tal como no caso RUF, o órgão judicial utilizou provas de violência sexual para apoiar a ocorrência de actos de escravatura sexual como de casamento forçado, dificultando de certa forma a distinção entre os dois fenómenos, deixando para trás a oportunidade para definir os elementos fundamentais de cada um.⁴¹⁷ Ainda assim, Gekker denuncia uma diferenciação linguística patente na sentença, enquanto os abusos sexuais são caracterizados antes da celebração do casamento forçado como “violação”, depois da sua celebração, o tribunal caracteriza o acto como “relações sexuais”.⁴¹⁸ Segundo a autora poderá tratar-se de uma tentativa de distanciar os dois ilícitos através do enaltecer da natureza inerentemente sexual da escravatura sexual comparativamente ao casamento forçado.⁴¹⁹

Em sentido contrário, surge estudiosos como Jennifer GongGershowitz que suportam que o casamento forçado não deve ser uma categoria separada, mas antes inserido dentro do âmbito da escravatura sexual, como uma forma específica deste ilícito.⁴²⁰ Revela ainda, a sua preocupação de que condutas graves de cariz sexual possam ser camufladas através da responsabilização por casamentos forçados, ou seja, a componente sexual no seio do casamento pode acabar comprimida pelos restantes componentes, o mesmo ocorrendo com a sua criminalização enquanto “outros actos desumanos”.⁴²¹ Além disso e em conexão, um escravo sexual terá um patamar diferencial de empatia comparativamente a um indivíduo alvo de um casamento forçado,⁴²² uma vez que, em situações de casamento forçado, existe uma dificuldade em se abstrair da relação que se estabeleceu entre o agressor e a vítima através do matrimónio.

⁴¹⁶ GEKKER, Elena (2014) Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence. *Hastings Women's Law Journal*. Vol. 25, p. 130

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 195

⁴¹⁷ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 1293-1294

⁴¹⁸ GEKKER, Elena (2014), p. 130, nota 175

⁴¹⁹ Ibidem

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Trial Judgement, 2 de Março de 2009, para. 1460.

⁴²⁰ GONG-GERSHOWITZ (2009), Jennifer, p. 76, 70

⁴²¹ Ibidem, p. 54-55

⁴²² CARLSON, Khristopher, MAZURANA, Dyan (2008), p. 41

Em contrapartida, Patrícia Viseur Sellers admite que o casamento forçado não deve cair na categoria de “escravatura sexual” ou “outros actos desumanos”, para si, a solução passa pela sua integração no crime de escravatura.⁴²³ Ela acredita que o próprio termo descritivo tenha capacidade para abranger legalmente um vasto conjunto de actos ou padrões de conduta. Acrescentando que o termo, por si só, implica mais do que uma conduta criminosa e que as ofensas que podem ocorrer no seio do “casamento forçado” já são capturadas pelos instrumentos de Direito Internacional, nomeadamente os que versam sobre o crime de escravatura.⁴²⁴ Conclui, enaltecendo as vantagens da utilização da categoria de “escravatura”, para si o facto de o crime de escravatura ser um conceito mais amplo e de compreensão geral permite englobar todas as ofensas e danos que possam ocorrer antes, durante e depois do “casamento”, como o rapto generalizado de meninas e mulheres anterior ao “casamento” e o trabalho e relações sexuais forçadas já após a sua celebração.⁴²⁵ Permite, de igual forma, uma melhor distinção entre o casamento forçado e a escravatura sexual, evitando uma “ambiguidade legal”.⁴²⁶ Por último, Frances Nguyen sustenta a necessidade de a sua definição ser mais trabalhada, de modo a transmitir a brutalidade e o fim do acto⁴²⁷ e talvez elucidar qual o caminho a seguir no que respeita ao seu campo de criminalização. Demonstrando esta necessidade encontra-se o facto de o TPI não ter codificado autonomamente o casamento forçado, surgindo o Tribunal Especial para Serra Leoa, como o único órgão judicial a debruçar-se sobre o ilícito.

Por outro lado, haverá ainda espaço para interpretar o casamento forçado como um crime predominantemente não sexual, na categoria residual de “outros atos desumanos” que causam “grande sofrimento ou sérias lesões ao corpo ou saúde mental ou física”, nos termos do artigo 7 (k).⁴²⁸ Essa foi a opinião da Juíza Justice Doherty, que concluiu que a

⁴²³ SELLERS, Patricia Viseur (2011) Wartime Female Slavery: Enslavement? Cornell International Law Journal. Vol. 44, pp. 135, 138

⁴²⁴ Ibidem, pp. 137, 142

⁴²⁵ OOSTERVELD, Valerie (2011), p. 150

⁴²⁶ SELLERS, Patricia Viseur (2011), pp. 135, 138

⁴²⁷ NGUYEN, Frances (2014), p. 22

⁴²⁸ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 198.

PICTET, Jean S. (1952) Comentário à I Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos trabalhadores e doentes nas forças armadas no campo de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, p. 52-53

PICTET, Jean S. (1958) Comentário à IV Convenção de Genebra relativa à protecção de civis em tempo de guerra de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha, p. 38-40

falta de consentimento da vítima para integrar uma união matrimonial causou sério sofrimento físico e psicológico e é um acto contrário a diversos princípios consagrados nas leis nacionais e internacionais que regulam o casamento.⁴²⁹ Constituindo, por isso, gravidade suficiente para constituir um “outro acto desumano” enquanto crime contra a humanidade. Para Neha Jain, é incompreensível o facto de o sofrimento físico e mental que o casamento forçado provoca nas suas vítimas, não ser comparável àquele provocado pelos crimes especificamente enumerados como crimes contra a humanidade, especialmente porque alguns dos elementos que podem estar presentes no casamento forçado, como a escravatura sexual ou a violação, já são reconhecidos como crimes contra a humanidade por direito próprio, acrescentando aqui a sua ocorrência paralela e prolongada.⁴³⁰

4.1. Os pressupostos da responsabilidade criminal

Contexto geral

“The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.”⁴³¹

O primeiro momento histórico onde a responsabilidade do superior hierárquico foi pela primeira vez abordada juridicamente teve na base o trabalho elaborado pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, estabelecido pela Carta de Londres para perseguir os criminosos de guerra. Devido ao desenvolvimento dos crimes de guerra e a proibição pela Carta do Tribunal, de crimes contra a paz e contra a humanidade, nunca antes base para

Ainda sobre o tópico, Prosecutor v. Milomir Stakić, Case No: IT-97-24-A, Appeal Judgement, 22 de Março de 2006, para. 315 e Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Vladimir Šantić, Case No: IT-95-16-T, Trial Judgement, 14 de Janeiro de 2000, para. 563.

⁴²⁹ Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 (Forced Marriage), para. 54, 63, 65

⁴³⁰ Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008, para. 201.

JAIN. Neha (2008), p. 1030-1031

⁴³¹ Acordo para a Acusação e Punição dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu e Carta do Tribunal Militar Internacional, 82 U.N.T.S. 280, entrou em vigor em 8 de Agosto de 1945, artigo 7º

condenações, foi possível que os superiores hierárquicos do exército alemão fossem responsabilizados por actos pertencentes a essas mesmas categorias.⁴³²

No fundo, pretendia-se o julgamento dos superiores hierárquicos que “participaram da elaboração ou execução de um plano ou conspiração comum para cometer qualquer dos crimes anteriores”.⁴³³ Além disso, procurava-se dar resposta à questão de determinar como deveria ser conduzido o julgamento de um número elevado de agressores nazis contra os judeus.⁴³⁴ Por isso mesmo, Murray Bernays, coronel e advogado do exército dos Estados Unidos sugeriu que se procedesse à acusação das organizações nazis e dos seus líderes por conspiração criminosa. Permitindo, deste modo, que os acusados fossem responsabilizados por violação efectiva das leis de guerra, mas também pelo o acto de conspirar à sua prática no período anterior à guerra.⁴³⁵ Encontrando-se as organizações nazis na lista de acusados bastava a prova da participação dos indivíduos nas mesmas.⁴³⁶

Embora a ideia de conspiração não tenha sido adoptada na íntegra pela Carta de Londres (art. 6º), ela marca um passo evolutivo na doutrina da responsabilidade de comando.⁴³⁷ A Carta de Londres optou por uma solução restrita porque limita o tratamento da responsabilidade de um comandante à emissão de um pedido ilegal, não versando a sua incapacidade de prevenir ou punir actos ilícitos dos seus subordinados.⁴³⁸ No que concerne aos crimes sexuais, a sua punição no período em questão foi inexistente, devendo-se sobretudo ao facto de não existir uma codificação explícita e autónoma deste tipo de actos, privilegiando-se a responsabilidade pelos restantes crimes de guerra.⁴³⁹

⁴³² CAMPANARO, Jocelyn. Women (2000) War, and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes. *Georgetown Law Journal*. Vol. 89 n°8, p. 2560-2561

⁴³³ Carta de Londres op. cit. art.6º

ABRAMS, Jason S., BISCHOFF, James L., RATNER, Steven R. (2009), p. 16

O'REILLY, Arthur Thomas (2004) Command Responsibility: A Call to Realign Doctrine with Principles. *American University International Law Review*. Vol. 20 n°1, 2004, p. 74-75

⁴³⁴ TAYLOR, Telford (1992) *The Anatomy of the Nuremberg Trials*. 1ª edição. Boston: Back Bay Books, p. 35

⁴³⁵ *Ibidem* p. 35-36

⁴³⁶ *Ibidem* p. 36

⁴³⁷ Para explorar mais a fundo as conclusões a que o tribunal chegou, consulte-se TAYLOR, Telford, (1992), pp. 76, 582

⁴³⁸ CHING, Ann B. (1999) Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. Vol. 25 n°1, p. 180

⁴³⁹ ANTHONY, Clay (2017) In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo: Cementing Sexual Violence and Command Responsibility within International Criminal Law. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. Vol. 25, p. 407

Por sua vez, o primeiro reconhecimento internacional da responsabilidade de comando ocorreu na IV Convenção de Haia de 1907, que previu que os combatentes legítimos deveriam ser supervisionados por um superior responsável, que conseqüentemente deveria assegurar a “ordem pública e segurança” em áreas ocupadas por tropas militares.⁴⁴⁰ Mais tarde, esta forma de responsabilidade foi explorada pelo I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949, reflectindo a decisão do caso Tomoyuki Yamashita.⁴⁴¹ Houve um ressurgimento da doutrina de comando com os tribunais ad hoc, que a adicionaram como uma das formas de responsabilidade criminal e identificaram os elementos que a compõem. Existem duas formas de responsabilidade, a responsabilidade directa será abordada nos capítulos seguintes. Por sua vez, a responsabilidade indirecta recai sobre o comportamento omissivo⁴⁴² de indivíduos em posição de superioridade hierárquica que falharam no seu dever de punir ou impedir a prática de actos ilegais pelos seus subordinados.⁴⁴³

Retornando ao campo da violência sexual, existe uma certa relutância em responsabilizar um superior por actos sexuais comparativamente a outros crimes que orbitam na cena internacional, mas principalmente por responsabilizar um superior por actos de cariz sexual cometidos por outro sujeito.⁴⁴⁴ Quando os crimes sexuais, como a violação estão combinados com outros crimes, como por exemplo, o homicídio, não só são tratados no

⁴⁴⁰ FENRICK, William J (1999) Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors in TRIFFTERER, Otto. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. 1ª edição. Baden-Baden: Nomos, p. 112-113

Atente-se à IV Convenção de Haia de 1907, artigo 43º. E ainda SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (1987), para. 3530

⁴⁴¹ Apesar de a responsabilidade de comando estar ausente do Estatuto do Tribunal de Nuremberga e de Tóquio, foi interpretado que já era aceite nos “códigos militares de todos os países”. Cfr com as palavras do representante jugoslavo nos Registos Oficiais da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, CCDH/1/SR.71, volume IX, p. 399, para. 2

⁴⁴² Acerca da natureza omissiva da figura veja-se Prosecutor v. Sefer Halilović, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 de Novembro de 2005, para. 54.

E também, CASSESE, Antonio (2008), p. 205

⁴⁴³ O Relatório do Secretário-Geral sobre a criação do Tribunal Internacional fez questão de enfatizar a diferença entre as duas formas de apurar a responsabilidade criminal do superior hierárquico. Cfr Relatório do Secretário-Geral nos termos do Parágrafo 2 da Resolução do Conselho de Segurança 808, S/25704, 3 de Maio de 1993, pp. 54, 56

⁴⁴⁴ MACKINNON, Catharine (2008) ICTR's Legacy on Sexual Violence: The recognition of Rape as an Act of Genocide – Prosecutor v. Akayesu. New England Journal of International and Comparative Law. Vol. 14, nº2, p. 104.

ASKIN, Kelly (2006) Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur. Genocide Studies and Prevention: An International Journal. Vol. 1 nº1, p. 23-24

leque de acusações como um crime secundário/acessório, como perante um cenário em que não é possível proceder à acusação do crime principal, existe a tendência para não acusar o indivíduo por violação como crime autónomo.⁴⁴⁵ A nosso ver, a intimidade que é própria dos crimes sexuais, com uma ocorrência em grande escala na esfera privada, cria dificuldades em perceber como este tipo de crimes tiveram na base o envolvimento de um terceiro indivíduo que se encontrava distante no momento da sua consumação. No fundo, todas estas hipóteses transmitem uma ideia de impunidade partilhada entre a base e o topo da hierarquia militar. Acrescentando-se também uma nova dificuldade que afecta os conflitos de guerra moderna e que passa pela ausência das estruturas tradicionais organizativas, acompanhando o facto de cada vez mais as atrocidades cometidas se afastam da caracterização como crimes de guerra, passando a ser crimes contra a humanidade e mesmo de genocídio, tipos de crimes que não exigem e tornam mais flagrantes essa mesma falta de formalismo dos conflitos, pelo que as regras originais de responsabilidade criminal não acompanham essas mesmas mudanças.⁴⁴⁶ Tal relaciona-se com o facto de na época moderna, a base em que assenta a prática criminosa afasta-se de questões exclusivamente bélicas, e aproxima-se de questões social, raciais e especificamente de género.⁴⁴⁷ Por isso mesmo, a Joint Criminal Enterprise apresenta-se como a figura que mais tem em conta as especificidades contemporâneas e os crimes de violência sexual que envolvam mais do que um sujeito.⁴⁴⁸

a) A relação superior-subordinado

Para que a responsabilidade de comando possa ser estabelecida deve existir num primeiro momento uma relação de superior-subordinado. “A lei não conhece um superior universal

⁴⁴⁵ Ibidem.

Prosecutor v. Omar Serushago, Case no: ICTR-98-39-S, Trial Judgement, 5 de Fevereiro de 1999, para. 4
Prosecutor v. Paul Bisengimana, Case No. ICTR-00-60-T, Trial Judgement, 13 de Abril de 2006, para. 228, 231

⁴⁴⁶ MACKINNON, Catharine (2008), p. 107. Embora MacKinnon chame à atenção do pequeno esforço realizado pelo TPI para acompanhar as mudanças efectuadas ao nível do conflito, veja-se a nota 22

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 107

⁴⁴⁸ Ibidem.

Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT-94-1-A, Appeal Judgement, 15 de Julho de 1999, para. 220.

Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001, para. 326

sem um subordinado correspondente,⁴⁴⁹ o que equivale a dizer, a relação que se estabelece entre o superior e o seu subordinado apresenta-se como uma condição sine qua non para fazer accionar este tipo de responsabilidade.⁴⁵⁰

Por sua vez, o comentário do CICV ao artigo 86º do Protocolo Adicional I vem acrescentar que, “(...) o conceito de superior deve ser visto em termos de uma hierarquia que engloba o conceito de controlo”.⁴⁵¹ Concretamente, mais do que estabelecer uma relação onde existe alguém que ocupa uma posição superior a outro sujeito, é vital que esta desigualdade de posições seja reflectida na capacidade que o primeiro sujeito tem de controlar ou reprimir as acções daquele que se encontra na base da pirâmide militar ainda que não no grau directamente inferior⁴⁵². Melhor dizendo, é necessário determinar se o superior tem poderes efectivos para controlar os actos dos seus subordinados, como tal, utiliza-se o conceito de “controlo efectivo” que será a “a capacidade material para prevenir e punir a conduta criminosa”.⁴⁵³ Afigura-se, por isso, insuficiente a existência de uma atribuição formal dessa posição (autoridade de jure), se o superior hierárquico não exercer o poder de autoridade sobre os restantes soldados. Pode, desta forma, desde que demonstre ser detentor da referida capacidade material, ter na base uma nomeação cuja origem não está na lei (autoridade de facto), mas o superior assume informalmente a posição ou é-lhe concedida.⁴⁵⁴

Aliás, ultrapassa a linha da possibilidade e apresenta-se como um verdadeiro dever que acompanha esse poder, estando o superior na posse dessa autoridade é obrigado a exercê-la através da repressão ou punição de possíveis actos ilegais dos seus subordinados.⁴⁵⁵ O nível necessário de controlo deverá ser discutido casuisticamente, embora existam alguns critérios que podem indicar a sua presença, como é o caso do modo como reagem os

⁴⁴⁹ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998 op. cit. para. 647

⁴⁵⁰ Ibidem

⁴⁵¹ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno op. cit. para. 3544.

⁴⁵² MOLOTO, Bakone Justice (2009) Command Responsibility in International Criminal Tribunal. Berkeley Journal of International Law. Vol. 3 nº12, p. 16

⁴⁵³ Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, Case No. ICTR-98-44A-A, Appeal Judgement, 23 de Maio de 2005, para. 86.

Prosecutor v. Alfred Musema, Case No. ICTR-96-13-A, Trial Judgement, 27 de Janeiro de 2000, para. 135

⁴⁵⁴ KORTFALT, Linnea (2015) Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court. Nordic Journal of International Law. Vol. 84, nº4, p. 559

⁴⁵⁵ Consulte-se Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 377. Consulte-se, a seu par, o Projecto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade Comentado. Comissão de Direito Internacional, 1996, p. 25

guardas à presença do suposto superior hierárquico, a sua capacidade de transmitir relatórios acerca da situação vivenciada nos campos de prisioneiros às autoridades competentes para a tomada das medidas adequadas⁴⁵⁶, autoridade para enviar as suas tropas para os locais onde estão presentes as hostilidades e igual poder para as retirar.⁴⁵⁷ A título exemplificativo, em Jean-Pierre Bemba, o TPI conclui que o acusado possuía controlo efectivo sobre as tropas MLC porque demonstrava ter amplos poderes de decisão e disciplinares, e por isso, capacidade para emitir ordens e iniciar acções disciplinares contra os seus subordinados, possuía iguais poderes de nomeação e dispensa de possíveis agressores.⁴⁵⁸ Foi também ele o responsável por enviar as tropas para o centro de ataque e mais tarde, pela sua retirada, após a concretização dos ilícitos.⁴⁵⁹ O órgão judicial em alguns casos mostrou-se rigoroso no que respeita a este requisito. Após estabelecer-se a presença do controlo efectivo o superior deverá ser capaz de identificar directamente ou pelo menos a categoria que ocupa o agressor directo e responsável pelos abusos sexuais.⁴⁶⁰

O tribunal no caso do campo de Čelebići debruçou-se sobre o poder de facto. Começa assim, por salientar, que o artigo 7º do Estatuto refere apenas que o acusado deve encontrar-se numa posição de comando para ser responsabilizado nos termos da responsabilidade de comando, não se limitando, por isso, a superiores que tenham sido designados formalmente⁴⁶¹. Acrescentando que a base para a sua utilização se encontra nos artigos 86º e 87º do I Protocolo Adicional⁴⁶², onde o termo “superior” utilizado “é suficientemente amplo para abranger uma posição de autoridade baseada na existência de

⁴⁵⁶ O TPI não coloca a obrigatoriedade de transmitir a questão às autoridades competentes como uma das possíveis medidas a tomar, mas como um dos passos a que deve obedecer enquanto detentor do controlo efectivo (relação superior-subordinado), juntamente com a prevenção ou/e repressão dos actos ilegais praticados pelos inferiores e o seu possível conhecimento. Cfr art. 28º (a) (ii) Estatuto de Roma

⁴⁵⁷ Prosecutor v. Naser Orić, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 312. Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 de Fevereiro de 2001, para. 421.

Prosecutor v. Mladen Naletilic, Aka "Tuta" and Vinko Martinovic, Aka "Štela, Trial Judgement, 31 de Março de 2003, para 67 (...)

⁴⁵⁸ Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Case No.: ICC-01/05-01/08, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 697

⁴⁵⁹ Ibidem, para. 454, 697, 704

⁴⁶⁰ Prosecutor v. Sylvestre Gacumbtsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Judgement, 17 de Junho de 2004, para. 332.

No mesmo sentido, no TPIJ, veja-se Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura, Case No. IT-01-47-T, Trial Judgement, 15 de Março de 2006, para. 90

⁴⁶¹ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 370

⁴⁶² Dado o cariz consuetudinário das Convenções de Genebra e respectivos Protocolos Adicionais, ratificados no final de 1992 por 119 Estados, podemos afirmar que a figura da autoridade de facto era aceite pela comunidade internacional. Cfr. International Review of the Red Cross, Março- Abril de 1993, nº 293, p. 182

poderes de controlo de facto”⁴⁶³. Em Tihomir Blaškić, a defesa veio argumentar, ainda que sem sucesso, que um indicador da presença dessa mesma capacidade material será averiguar se as ordens emitidas pelo superior na altura dos factos foram efectivamente cumpridas pelos restantes soldados.⁴⁶⁴

Não basta que haja à partida a posse do poder de jure se não se manifestar, a seu par, um controlo efectivo, a menos que o tribunal presuma que a posse desse poder resulta abstractamente no controlo efectivo.⁴⁶⁵ Cite-se a este propósito o caso do General Yamashita, o advogado de defesa, o Coronel Clark, estava convicto que o General não foi acusado por algo que fez ou por alguma coisa que não fez, mas sim por “ter sido algo”, isto é, por ter ocupado a posição de comandante, derivado dessa condição deveria ser responsabilizado por todos os crimes cometidos pelos soldados do exército japonês em seu comando.⁴⁶⁶ Por seu turno, a autoridade de facto permite que a verdadeira Justiça seja mais facilmente alcançada, já que impede que os culpados saiam impunes apenas porque não foram cumpridas certas formalidades legais, especialmente quando na altura dos acontecimentos agiram como verdadeiros superiores hierárquicos.⁴⁶⁷

Por isso mesmo, admite-se que estando o requisito do controlo efectivo cumprido, a posição de superior possa ser ocupada não apenas por um superior militar, como também por uma figura civil⁴⁶⁸, evitando-se mais uma vez, a não concretização da Justiça. Por outras palavras, aceita-se que os superiores civis possam ser responsabilizados desde que exerçam um grau de “autoridade e controlo” efectivos sobre os seus subordinados semelhante aos comandantes militares.⁴⁶⁹ Aliás, analisados os diversos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais é perceptível que o legislador pretendeu explorar um

⁴⁶³ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Case No.: IT-96-21-A, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 195

⁴⁶⁴ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No.: IT-95-14-A, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004, para. 65

⁴⁶⁵ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 197

⁴⁶⁶ MELONI, Chantal (2010) Command Responsibility in International Criminal Law. 1ª edição. Haia: T.M.C. Asser Press, p. 44

⁴⁶⁷ Prosecutor v. Clément Kayishema, Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1, Trial Judgement, 21 de Maio de 1999, para. 222

⁴⁶⁸ Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 308

Prosecutor v. Clément Kayishema, Obed Ruzindana, 21 de Maio de 1999, para. 214

Sobre este ponto, FENRICK, William J. (1999), p. 517-518

⁴⁶⁹ Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 309.

Kortfält, Linnea (2015), p. 557-558

conceito amplo de superior.⁴⁷⁰ No que respeita ao estatuto dos tribunais ad hoc o legislador foi claro e admite que “Chefe(s) de Estado ou Governo” possam ser responsabilizados pela doutrina da responsabilidade do superior hierárquico,⁴⁷¹ a mesma linha é seguida pelo Estatuto de Roma que torna claro que os “Chefes Militares” ou “pessoa que actue efectivamente como chefe militar” podem inserir-se dentro do conceito de superior.⁴⁷² Contrariando, desta forma, a previsão restrita do artigo 87º nº1 do I Protocolo Adicional, que apenas admite que os “comandantes militares” sejam responsabilizados.

No campo Čelebići, segundo a acusação outras formas de autoridade como a figura da influência poderiam ser usadas, pois o importante é a capacidade que alguém superior tem de controlar os actos dos restantes soldados.⁴⁷³ O Tribunal de Primeira Instância entendeu que a acusação pretendia abranger “o conceito de exercício de autoridade superior a pessoas sobre as quais o acusado pode exercer influência substancial em determinada situação, que claramente não são subordinadas”.⁴⁷⁴ Para si, o conceito de “superior” que está patente no artigo 87º o I Protocolo Adicional diz respeito apenas aos superiores que têm uma responsabilidade pessoal com os agressores directos, sobre os quais exerce controlo efectivo.⁴⁷⁵ Mais tarde, o tribunal de recurso veio afastar a utilização desta figura porque fica aquém do padrão de controlo efectivo previsto no direito consuetudinário.⁴⁷⁶ Para que um sujeito possa ser responsabilizado nos termos da responsabilidade de comando não basta que exerça influência sobre os restantes sujeitos, à partida numa posição mais baixa, é necessário que ele tenha a capacidade material de

⁴⁷⁰ No mesmo sentido, Relatório Final da Comissão de Peritos estabelecidos em conformidade com a Resolução 780 do Conselho de Segurança, UN. Doc. S/1994/674, 1992, p. 16, para. 57: “A doutrina da responsabilidade do comando é dirigida principalmente aos comandantes militares, porque têm a obrigação pessoal de garantir a manutenção da disciplina entre as tropas sob o seu comando. A maioria dos casos legais em que a doutrina da responsabilidade do comando foi considerada envolveu acusados militares ou paramilitares. Líderes políticos e funcionários públicos também foram responsabilizados pela doutrina em certas circunstâncias.”

⁴⁷¹ Veja-se o artigo 7º nº2 do TPIJ e o artigo 6º nº2 do TPIR

⁴⁷² Artigo 28ª a) do Estatuto de Roma.

Ver ainda Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial judgement, 2 de Setembro de 1998, para. 491

⁴⁷³ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 243

⁴⁷⁴ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, op. cit. para. 648

⁴⁷⁵ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (1987), para. 3544

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 647

⁴⁷⁶ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 266

controlar os seus actos, quer através da prevenção quer por repressão⁴⁷⁷. Caso contrário estaríamos a ir contra a justiça por responsabilizar alguém que não conseguia deter o controlo suficiente sobre aqueles sujeitos, e por isso mesmo, a aplicar a responsabilidade de comando onde não existia uma relação superior-subordinado. À mesma conclusão chegou o tribunal em Semanza, para si, ter influência geral na comunidade em que está inserido “é insuficiente para estabelecer um relacionamento superior-subordinado”.⁴⁷⁸ Por isso mesmo, como não existiam provas além da sua influência, que provassem que o acusado exercia autoridade sobre os indivíduos a quem alegadamente instruiu ou encorajou a assassinar e a violar, não foi possível estabelecer a relação superior-subordinado.⁴⁷⁹

Novo exemplo desta figura poderá ser o caso que opunha Hazim Delić à Justiça, apesar de ter em conta exemplos práticos que davam conta do exercício de autoridade de jure, como o discurso de várias testemunhas oculares que atestaram que Delić parecia assumir a veste de “chefe” dos restantes guardas e de ainda ter em consideração o testemunho de antigos prisioneiros que afiançavam que o acusado habitualmente dava ordens e parecia exercer influência, através de coacção e intimidação, sobre os guardas da prisão, o órgão judicial determinou que a relação superior-subordinado não foi estabelecida.⁴⁸⁰ Entendeu que os testemunhos não eram conclusivos, funcionavam como uma demonstração do resultado da intimidação de que eram alvo os restantes soldados, por parte de Delić, que tinha igualmente uma participação activa nos maus-tratos dos prisioneiros e não uma demonstração da sua autoridade efectiva.⁴⁸¹

A “exigência da existência de um relacionamento “superior-subordinado” (...) é particularmente problemática em situações como a ex-Jugoslávia ... situações em que as estruturas formais anteriormente existentes foram desmoronadas e onde, durante um período intermediário, as novas estruturas, possivelmente improvisadas, de controlo e de comando de estruturas mais informais, com poder para prevenir e punir os crimes de

⁴⁷⁷ Veja-se a título exemplificativo, o termo curioso que a acusação utilizou em Blaškić, destacando que é necessário que o superior exerça uma “influência efectiva”, identificando o conceito com a capacidade de intervir para prevenir ou reprimir um acto ilegal dos seus subordinados. Cfr Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement, 3 de Março de 2000, para. 296.

Em sentido contrário consulte-se Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 311 e também Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003, para. 402

⁴⁷⁸ Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Judgement, 15 de Maio de 2003, op. cit. para. 415

⁴⁷⁹ Ibidem, para. 416

⁴⁸⁰ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 798, 806

⁴⁸¹ Ibidem, para. 806

peças que estão de facto sob seu controle, podem, em determinadas circunstâncias, ser responsabilizadas por não o terem feito”.⁴⁸² Em contraste com os cenários vigentes nos conflitos mundiais e anteriores, nomeadamente nos casos japonês e alemão, onde existiam cadeias de comando e estruturas claras, nos conflitos pós-Guerras Mundiais, como em Ruanda e ex-Jugoslávia, as forças armadas eram divididas entre grupos paramilitares, milícias e grupos armados organizados localmente. Por outras palavras, a desintegração das forças armadas oficiais da ex-Jugoslávia em vários grupos militares, bem como a presença constante das forças policiais e grupos paramilitares nos combates, tornavam complexa a tarefa de encontrar “forças armadas regulares” e conseqüentemente o superior hierárquico de cada uma.⁴⁸³ Em Ruanda, a situação era similar. A violência era perpetuada por civis, pela milícia Hutu conhecida como Interahamwe, as Forças Armadas de Ruanda e a Guarda Presidencial.⁴⁸⁴

O que equivale a dizer, a ausência de uma autoridade legal formal que controle as acções dos subordinados não deve ser utilizada para basear uma não responsabilização do superior e o que o deve relevar deverá ser a autoridade real que o superior detém sobre os seus subordinados.⁴⁸⁵ Nesse aspecto, o relatório das Nações Unidas de Gay J. McDougall parece ter em conta os cenários modernos, destacando que, “o nível de formalidade ou organização da hierarquia de comando é irrelevante, desde que exista uma cadeia de comando para a transmissão de ordens e a supervisão de subordinados”.⁴⁸⁶ Ainda assim, eleva-se a crítica de que possa ser demasiado exigente para aqueles comandantes sem experiência.⁴⁸⁷

⁴⁸² Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 354

⁴⁸³ LAVIOLETTE, Nicole (1998) Commanding Rape: Sexual Violence, Command Responsibility, and the Prosecution of Superiors by the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. Canadian Yearbook of International Law. Vol. 36, p. 141.

⁴⁸⁴ Vidas Despedaçadas: Violência Sexual durante o Genocídio de Ruanda e suas Consequências. 1ª edição. Nova Iorque: Human Rights Watch. 1996, p. 1

⁴⁸⁵ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 354, 742

⁴⁸⁶ MCDUGALL, Gay. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 Junho de 1998, op. cit. para. 77

⁴⁸⁷ CHING, Ann B. (1999), p. 204

b) O elemento subjectivo

O elemento subjectivo presente nos tribunais ad hoc provocou algumas divergências entre os vários casos aí analisados. Não existe um padrão de responsabilidade objectivo⁴⁸⁸, e por isso, deve ser avaliado segundo as circunstâncias específicas de cada caso. Quanto aos respectivos artigos apenas estipulam que o superior deve ser responsabilizado quando soube ou teve motivos para saber que os seus subordinados estavam prestes a cometer ou haviam cometido algum dos ilícitos presentes nos artigos 2 a 5 dos Estatutos.⁴⁸⁹ No caso Naser Orić, a Primeira Instância avançou com um requisito que deve estar previamente reunido, e que nos diz que um superior deve estar ciente da sua própria posição de autoridade, de que ele possui controlo efectivo sobre o autor directo da ofensa.⁴⁹⁰ Em Jean-Pierre Bemba foi evidenciado que parte do conhecimento do acusado implica que este esteja consciente que estão reunidos no momento da prática dos factos, os elementos contextuais prévios que qualificam a conduta como crime de guerra, crime contra a humanidade ou mesmo genocídio.⁴⁹¹

Determinou-se, por isso, face ao Estatuto dos tribunais ad hoc, que a responsabilidade deve ser atribuída, quando o superior: (1) tinha conhecimento real, estabelecido através de provas directas, como a sua admissão de conhecimento, declarações sobre o crime,⁴⁹² ou circunstanciais⁴⁹³, de que os seus subordinados estavam a cometer ou prestes a cometer algum dos ilícitos previstos no Estatuto, ou (2) tinha na sua posse informações que, pelo menos, o colocariam em alerta sobre o risco de ocorrência de tais infracções, indicando a necessidade de investigações adicionais.⁴⁹⁴ Assim, no que respeita ao TPI no caso de se tratar de um superior do topo de uma cadeia militar, o artigo utiliza uma linguagem mais restrita e exigente, indicando que a responsabilidade existe se este “sabia ou devido às

⁴⁸⁸ MOLOTO, Bakone Justice (2009), p. 17

⁴⁸⁹ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 383

⁴⁹⁰ Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 316

⁴⁹¹ Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case. No.: ICC-01/05-01/08, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 195

⁴⁹² Ibidem, para. 191

⁴⁹³ Note-se que o elemento subjectivo obedece a um limiar mínimo mais exigente no caso de se tratar de um superior civil comparativamente a um superior militar. Cfr. Prosecutor v. Naser Orić, 30 de Junho de 2006, para. 320. Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez, Trial Judgement, 26 de Fevereiro de 2001, para. 428. Prosecutor v Naletilić (Mladen) AKA Tuta and Martinović (Vinko) AKA Štela, Case No. IT-98-34-T, 31 de Março de 2003, para. 73

Para consultar exemplos de factores que podem indicar a presença de conhecimento, consulte-se Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 193

⁴⁹⁴ Ibidem

circunstâncias na altura deveria saber que o seu subordinado estava a cometer ou estava prestes a cometer um crime”, ou seja, podemos afirmar que o superior tem aqui um dever mais activo de procurar conhecer todos os passos dos seus subordinados e que sejam importantes na descoberta de (possíveis) crimes cometidos pelos mesmos. Já no caso de se tratar de um superior civil o artigo impõe que ele “soubesse ou tivesse conscientemente desconsiderado informações que claramente indicavam que os seus subordinados estavam a cometer ou prestes a cometer um crime”.⁴⁹⁵

No que respeita a Tihomir Blaškić, por “conhecimento real” o tribunal entendeu que na ausência de alguma evidência directa que permitisse concluir que o superior tinha conhecimento das ofensas cometidas, o mesmo deveria ser estabelecido através de provas circunstanciais, afastando-se a possibilidade de presunção.⁴⁹⁶ Já em Naser Orić e relativamente ao padrão “tinha razão para saber”, concluiu-se que perante determinadas circunstâncias e estando na posse de certas informações ainda que não conclusivas, o superior não pode optar por ignorar os actos dos seus subordinados, caso contrário estará a desrespeitar o dever que impende sobre si, de prevenir ou punir esses mesmos actos ilegais.⁴⁹⁷ Em Brđanin o tribunal que começou por caracterizar este tipo de conhecimento como construtivo, avançando para a possibilidade, contrariamente ao que ocorre na primeira situação, de o conhecimento poder ser presumido, se o superior tiver à sua disposição meios para obter mais informações acerca do (eventual) crime e optar por ignorá-las.⁴⁹⁸ Como por exemplo, o conhecimento de que o subordinado em questão tem um historial de violência e comportamento misógino, ou o abuso de álcool, especialmente durante o desempenho de funções. O mesmo se sustenta se perante estes indícios, “um

⁴⁹⁵ Artigo 28(1)(a), 28(2)(a) do Estatuto de Roma

⁴⁹⁶ Neste sentido, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 de Março de 2000, para. 307

Para consultar exemplos que permitem extrair esse conhecimento, veja-se Relatório Final da Comissão de Peritos estabelecida de acordo com a Resolução 580 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, UN. doc. 1994/674/1994, 27 de Maio de 1994, para. 58

⁴⁹⁷ Em Orić foi avançado que o superior apenas poderia considerar-se como tendo “razão para saber”, se essas mesmas informações indicassem que o subordinado estava a praticar ou pensava em praticar o mesmo tipo de crimes que deveria procurar combater. Atrevemo-nos, por isso, a afirmar que a violência sexual pode situar-se neste patamar. Cfr Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 323

⁴⁹⁸ Prosecutor v. Radoslav Brđanin, Case No. IT-99-36-T, Trial Judgement, 1 de Setembro de 2004, para. 278. Já em Orić, o tribunal utilizou o termo “conhecimento imputado”. Cfr Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 321

Em Halilović o tribunal esclareceu que se um superior falha em proceder a investigações adicionais perante informações relevantes, o conhecimento não pode ser presumido, pode antes presumir-se que este tinha à sua disposição os meios necessários para obter informações relevantes e optou por não o fazer. Cfr Prosecutor v. Sefer Halilović, Trial Judgement, 16 de Novembro de 2005, para. 69

superior tiver conhecimento prévio de que mulheres detidas por guardas masculinos em instalações de detenção provavelmente serão submetidas a violência sexual”.⁴⁹⁹ Perante este cenário, o superior teria de tomar medidas de forma a prevenir a prática de actos de cariz sexuais, pois todo este panorama era o suficiente para o colocar sob estado de alerta para a sua possível concretização.⁵⁰⁰ É este o caso concreto do General Blaškić, onde o mesmo admitiu que apesar de saber que existiam civis, entre os quais mulheres, mantidos como prisioneiros em locais perto do seu posto de trabalho, não efectuou qualquer esforço no sentido de conhecer as circunstâncias em que foram detidos, nem as condições presentes no seu cativeiro, porque alegava que as autoridades civis e a cruz vermelha já estavam a investigar o caso.⁵⁰¹ O tribunal chegou à conclusão de que o General não poderia desconhecer a “atmosfera de terror” e as violações que ocorreram naquelas instalações.⁵⁰² Especificamente foi determinado que se ele “não conseguiu exercer os meios disponíveis para se informar sobre o crime e, dadas as circunstâncias, ele deveria saber, tal falha constitui negligência criminal”.⁵⁰³

A este propósito, o caso Kamera, afigura-se como um bom exemplo quanto à lista de indícios a ter em conta. No que respeita concretamente a Ngirumpatse, na altura em que a violência tomou conta do território, este encontrava-se em missão fora do país, contudo, enquanto parte da liderança do MRND participou em actividades que lhe dariam conhecimento de todos os eventos que ali ocorriam, especialmente porque a violência sexual era sistemática e em grande escala, e uma parte significativa de carácter público, pelo que dificilmente este não teria conhecimento da sua ocorrência.⁵⁰⁴ Abstendo-se de tomar medidas para confirmar as suas suspeitas ou mesmo com vista a finalizar este tipo de actos.⁵⁰⁵ Em Tadić, o órgão judicial baseou-se nestes mesmos indícios. Foi enaltecida a natureza “frequente e notória” dos crimes cometidos, afirmando que era altamente improvável o desconhecimento das ofensas no campo de prisioneiros por parte dos

⁴⁹⁹ Prosecutor v. Miroslav Kvočka, trial judgement, 2 de Novembro de 2001, op. cit. para. 318

⁵⁰⁰ Ibidem, para. 318

⁵⁰¹ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement, 3 de Março de 2000, para. 732

⁵⁰² Ibidem

⁵⁰³ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement, 3 de Março de 2000, para.322

PARKS, William (1973), p. 90

⁵⁰⁴ Prosecutor v. Édouard Karemera, Matthieu Ngirumpatse, Case No. ICTR-98-44-T, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1481-82

⁵⁰⁵ Ibidem

superiores hierárquicos,⁵⁰⁶ onde também eram visíveis as condições gerais desumanas onde os prisioneiros permaneciam.⁵⁰⁷ Aliás, uma organização internacional de direitos humanos⁵⁰⁸ constatou que não existia entre os soldados do conflito na Bósnia qualquer receio de serem punidos pelos seus superiores dada essa mesma natureza pública e frequente dos abusos e a conseqüente falta de resposta à mesma.⁵⁰⁹

Ainda em Blaškić, o tribunal de recurso baseando-se nas conclusões do campo Čelebići forneceu uma nova interpretação ao padrão “had reason to know”. Para si “um superior só será criminalmente responsável através dos princípios de responsabilidade superior se houver informações disponíveis que possam colocá-lo sob aviso de ofensas cometidas por subordinados.”⁵¹⁰ Acrescentou também que o elemento subjectivo não será o negligenciar do dever de adquirir algum tipo de conhecimento sobre os crimes praticados porque não faz parte do artigo 7º nº3 enquanto infracção autónoma, a culpa deve antes incidir no facto de este não ter tomado as medidas necessárias e razoáveis para prevenir ou reprimir actos ilegais praticados pelos seus subordinados.⁵¹¹ Caso contrário estará a desrespeitar o “papel, função e interpretação” do artigo 7º nº 3 do Estatuto, violando conseqüentemente o princípio da presunção de inocência, por se concentrar exclusivamente na posição que ocupava o acusado.⁵¹² Além disso, desrespeita igualmente o princípio do nullum crimen sine lege, porque os crimes de que foi acusado, não permitem outro elemento subjectivo que não o dolo, ou seja, ao reduzir o padrão de responsabilidade estará a criar novas ofensas criminais e a ir contra o direito internacional.⁵¹³ Como tal, conclui-se que o General não tinha comando ou controlo efectivos sobre as suas tropas, identificados como os responsáveis directos por violações contra as mulheres detidas, invertendo a condenação

⁵⁰⁶ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 770

⁵⁰⁷ Ibidem, para. 150, 554, 556 (...)

⁵⁰⁸ Consulte-se o Relatório Final da Comissão de Peritos, UN. DOC. 1 9 94 /67 4 /1 9 9 4, 27 de Maio de 1994, nomeadamente o parágrafo 37

⁵⁰⁹ Helsinki Watch, War Crimes in Bosnia-Herzegovina, 1993, p. 9 apud FISHER, Siobhán K. (1996) Occupation of the Womb: Forced Impregnation as Genocide. Duke Law Journal, vol. 46 nº1, p. 108

⁵¹⁰ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004, op. cit. para. 62, Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 241. No mesmo sentido, Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-JA-A, Appeal Judgement, 3 de Julho de 2002, para. 42

⁵¹¹ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 226

⁵¹² Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004, para. 58

⁵¹³ Ibidem

por perseguição enquanto crime contra a humanidade, parcialmente baseada no crime de violação.⁵¹⁴

Por último, em Ignace Bagilishema, o órgão judicial rejeitou igualmente a utilização da figura da negligência, uma vez que, “seria desnecessário e injusto responsabilizar um acusado sob uma responsabilidade que não tenha sido claramente definida no direito penal internacional.”⁵¹⁵ O TPI, por seu turno, parece ter seguido a opção oposta. Observando o artigo 28º do Estatuto de Roma é perceptível que o legislador adoptou o padrão da negligência (“should have know”), solução esta que se afasta da concepção moderna da natureza de responsabilidade de comando, que assenta no seu carácter omissivo⁵¹⁶, melhor dizendo, o superior é responsabilizado não por ter contribuído de alguma forma para os actos levados a cabo pelos seus subordinados, mas porque se absteve de prevenir ou reprimir a sua ocorrência. Trata-se de um dever positivo de comandar efectivamente os seus subordinados e talvez por isso, quando não for possível esta solução, obrigue o superior a procurar as autoridades competentes para denunciar a (possível) prática de ofensas.

Apesar de o artigo 28º não classificar a responsabilidade de comando como omissiva, nas várias alíneas avança com o dever que recai sobre o superior que o obriga a garantir a prevenir e reprimir actos ilegais levados a cabo pelos seus subordinados (al. (a) e al. (b) “não exerceu um controlo apropriado”, al (a) (ii) “não tenha adoptado todas as medidas necessárias e adequadas”).⁵¹⁷ Caso não seja possível, o artigo anuncia que o superior deve de igual forma, procurar denunciar activamente os referidos crimes às autoridades competentes.⁵¹⁸ A verdade é que pende sobre o comandante a obrigação de obter informações e avaliá-las⁵¹⁹, por isso, se o seu conhecimento não existe ou não pode ser provado, apenas pode ser punido como negligência por não ter procurado obter esse mesmo conhecimento.⁵²⁰ Ainda a este propósito, o Tribunal no caso Bemba, interpretou o

⁵¹⁴ Ibidem, para. 612

⁵¹⁵ Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Appeal Judgement, 3 de Julho de 2002, op. cit. para. 34

⁵¹⁶ Para aquisição de maior conhecimento, veja-se: Kortfält, Linnea (2015), p. 571-574

⁵¹⁷ MEYER, Scott James (2011) Responsibility for an Omission Article 28 of the ICC Statute on Command Responsibility. *Miskolc Journal of International Law*. Vol. 8, nº2, p. 30

⁵¹⁸ Ibidem

⁵¹⁹ FENRICK, William J. (1999), nota 35, p. 519

⁵²⁰ AMBOS, Kai (2002) Superior Responsibility in CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, R.W.D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 1ª edição. Oxford: Oxford University Press, p. 865

art. 28^a e conclui que o mesmo engloba dois padrões de culpa. Assim, quando a primeira parte exige que ele “soubesse”, está a referir-se a um conhecimento efectivo da prática de actos ilícitos.⁵²¹ A segunda contém a expressão “deveria ter sabido” e refere-se à figura da negligência porque o superior absteve-se de procurar obter o conhecimento acerca dessa prática⁵²², distinguindo-se, conseqüentemente, do padrão menos exigente utilizado nos tribunais ad hoc, “razão para saber”.

Em razão do exposto, o estatuto adoptou o requisito da causalidade, que impõe que a sua supervisão negligente deva de alguma forma ter contribuído para a concretização do ilícito. Discordante da aplicação deste requisito a crimes sexuais surge Guénaël Mettraux, que identifica dois tipos de crimes, aqueles que exigem a produção de um resultado que pode ser separado da conduta do agressor que contribuiu para esse mesmo resultado, como os crimes de homicídio, e aqueles em que não é possível distinguir porque o próprio comportamento do agente constitui a própria infracção, e é neste segundo grupo que se situa o crime de violação, por exemplo. Aqui o próprio comportamento proibido do agressor constitui o tipo objectivo da ofensa, inexistindo uma consequência adicional e por isso o elemento da causalidade.⁵²³

Veja-se a este propósito o caso Röchling, onde o órgão judicial seguiu uma linha de pensamento similar: “nenhum superior pode preferir esta defesa (do desconhecimento) indefinidamente; porque é seu dever saber o que ocorre na sua organização, e a falta de conhecimento, portanto, só pode ser o resultado de negligência criminosa”.⁵²⁴ Esta decisão reflecte a opção tomada em vários casos levados à justiça no período da Segunda Guerra Mundial e que consistia na defesa da existência de um dever de os comandantes se manterem informados acerca de todas as actividades dos seus subordinados, não permitindo que a ausência de conhecimento pudesse ser considerada uma forma de defesa.⁵²⁵ O caso Yamashita foi bastante polémico neste ponto, especialmente no que concerne à onda de violações e homicídios no território de Manila, cometidos por marinheiros que se

⁵²¹ Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on Confirmation of Charges, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, para. 428, 432

⁵²² Ibidem, para. 433

⁵²³ METTRAUX, Guénaël (2010) The Law of Command Responsibility. European Journal of International Law. Vol. 21, n^o 2, p. 82

⁵²⁴ Law Reports of Trials of War Crimes, The United Nations War Crimes Commission, Volume XII, 1948, p. 1106

⁵²⁵ PARKS, William (1973), p. 90

encontravam ao seu comando.⁵²⁶ Para a acusação as atrocidades eram tão “numerosas, notórias e generalizadas” que o acusado “deveria ter sabido” ou “deve ter sabido”,⁵²⁷ e consequentemente deveria ter procedido a qualquer tipo de investigação adicional para descobrir a origem das ofensas.

A acusação não conseguiu provar que o General ordenou os crimes ou tinha conhecimento destes, portanto a base para a sua condenação situou-se no padrão “deveria saber”.⁵²⁸ A Comissão Militar determinou que dada a extensão e a generalização dos ilícitos cometidos, temporal e geograficamente, o General permitiu intencionalmente ou ordenou secretamente a sua prática.⁵²⁹ A seu ver, mesmo perante a possibilidade do não conhecimento dos crimes, a sua alegada ignorância deveria igualmente ser punida, dado que de tal forma, “colocou-se na condição de desconhecimento”.⁵³⁰ A inércia por parte do superior em agir, mesmo que através de investigações adicionais apesar das evidências que estavam ao seu alcance, presume o conhecimento da sua parte.⁵³¹ Nos julgamentos de Nuremberga em geral, o conhecimento de um comandante perante a prática de atrocidades generalizadas dentro da sua área de comando foi presumido de forma refutável, ao contrário do que ocorrera no Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente.⁵³² Este padrão menos exigente ficou patente no caso “High Command”, onde o tribunal ofereceu o benefício da dúvida aos comandantes sobre a questão do conhecimento. Foi concluído que dado o carácter descentralizado da guerra moderna, um comandante pode não ter conhecimento de tudo o que acontece dentro do seu comando, pelo que deve ser a acusação a provar um eventual conhecimento.⁵³³ Kai Ambos vem esclarecer este ponto, destacando que não deverá existir uma acusação assente numa eventual ignorância por

⁵²⁶ PAPAConstantinou, Maria (1998) Rape as a Crime Under International Humanitarian Law. *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 51 n°2, p. 488

⁵²⁷ LAEL, Richard L. (1982) *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*. 1ª edição. Wilmington: Scholarly Resources, p. 86

⁵²⁸ AYDELOTT, Denise (1993) Mass Rape During War: Prosecuting Rapists Under International Law. *Emory International Law Review*. Vol. 7 n°2, nota de rodapé 42

⁵²⁹ REEL, A. Frank (1949) *The case of General Yamashita*. 1ª edição. Chicago: University of Chicago Press, p. 160-161

⁵³⁰ GREEN, Leslie Claude (1995) *Command Responsibility in International Humanitarian Law*. *Transnational Law and Contemporary Problems*. Vol. 5, p. 337

⁵³¹ *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo*, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001, para. 232

⁵³² LAEL, Richard L (1982)., p. 124.

PARKS, William (1973), p. 61

⁵³³ LAEL, Richard L. (1982), p. 125-126

PARKS, William (1973), p. 42-43

parte do superior hierárquico, desde que este tenha cumprido adequadamente o seu dever, que exige que perante informações que indiquem a prática de algum crime não as ignore e realize investigações adicionais.⁵³⁴ Caso o crime já tenha tido lugar exige-se que reprima o comportamento do subordinado, caso contrário, estará a desrespeitar o segundo conteúdo útil do seu dever.⁵³⁵ Por outras palavras, no Tribunal de Nuremberga, a base para a existência de responsabilidade penal não era a omissão em agir, como ocorria no Tribunal do Extremo Oriente, mas sim pela sua “participação na prática”⁵³⁶ do ilícito, daí a figura da negligência figurar naquele tribunal em detrimento da figura do dolo, predominante neste último caso.

A Primeira Instância, no caso Blaškić considerou que o facto de o acusado ocupar a posição de superior hierárquico funciona como um indício do seu conhecimento,⁵³⁷ e os indícios que comprovam o seu conhecimento podem variar consoante a posição do superior na cadeia de comando.⁵³⁸ No caso Bemba, várias foram as fontes de informação directas e circunstanciais que colocavam se não sob conhecimento, pelo menos em estado de alerta acerca de eventuais atrocidades cometidas. Assim, apesar de este se encontrar fisicamente distante do local onde se deram os ataques, era o responsável pelo financiamento, organização interna e política, metas e objectivos e especificamente, pela disciplina dos soldados da MLC.⁵³⁹ A seu par, e ao contrário do que foi exposto no caso de Yamashita, as diversas linhas de comunicação entre Bemba e os seus subordinados eram possíveis, e foi estabelecido que existiu uma “comunicação regular e directa” acerca do estado das operações e da situação no terreno, como por exemplo, com os serviços de inteligência militar e civil que forneceram ao acusado informações específicas acerca de denúncias de crimes como o roubo, homicídio e crimes sexuais no CAR, e iguais denúncias foram realizadas pelos meios de comunicação locais e internacionais⁵⁴⁰. Além disso, chegou a visitar em diversas ocasiões os mencionados locais, chegando mesmo a encontrar-se com um representante da ONU para discutir a prática dos ilícitos

⁵³⁴ AMBOS, Kai (2007) Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5 nº 1, p. 162

⁵³⁵ *Ibidem*

⁵³⁶ MELONI, Chantal (2010), p. 50-51

⁵³⁷ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement*, 3 de Março de 2000, para. 307-308

⁵³⁸ MOLOTO, Bakone Justice (2009), p. 18

⁵³⁹ *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement*, 21 de Março de 2016, para. 707

⁵⁴⁰ *Ibidem*, para. 708, 709

mencionados.⁵⁴¹ Durante esse encontro, deu um discurso público onde mencionou o “mau comportamento” das tropas.⁵⁴² Foi concluído que Bemba tinha conhecimento directo sobre as atrocidades que estavam a ser cometidas pelos seus soldados no CAR, graças à notoriedade dos crimes e pela sua posição que permitia ter acesso a informações específicas.⁵⁴³

c) Tomada de medidas necessárias e razoáveis

O próximo ponto diz respeito à necessidade de o superior hierárquico tomar as medidas possíveis perante as circunstâncias do momento⁵⁴⁴, para prevenir ou reprimir violações do Direito Internacional Humanitário pelos seus subordinados, encontrando-se esta necessidade prevista no artigo 86º nº2 do I Protocolo Adicional. A disposição impõe que perante potencial conhecimento a que o superior possa ter acesso sobre a prática de possíveis actos ilegais praticados pelos seus subordinados, desencadeia-se a obrigação de tomar todas as medidas em seu poder para prevenir ou reprimir a infracção. Aliás foi defendido no caso High Command, que ao não cumprir o dever assinalado, o superior estará a violar uma “obrigação moral” vigente no Direito Internacional, pelo que não pode ver a responsabilidade afastada em virtude da sua omissão em agir.⁵⁴⁵

Yamashita foi acusado de violar o seu dever de implementar todas as medidas em seu poder e apropriadas às circunstâncias do momento, tal dever encontrava-se igualmente previsto nos regulamentos anexos à IV Convenção de Haia de 1907. Por outras palavras, o tribunal concluiu que o Comandante violou o dever inerente à função, de proteger as populações civis e prisioneiros de guerra e controlar os seus subordinados, mas principalmente enalteceu a sua responsabilidade por violar as leis de guerra ao não cumprir adequadamente esse dever.⁵⁴⁶ Segundo o acusado, o exército americano interrompeu todos

⁵⁴¹ Ibidem, para. 707, 711

⁵⁴² Ibidem, para.711

⁵⁴³ Ibidem, para. 710, 717

⁵⁴⁴ O tribunal no caso de Čelebići alertou para o facto de não ser viável criar um padrão geral no que respeita a medidas que poderiam ser tomadas pelo superior hierárquico, para si é vital que o superior perante cada caso concreto avalie as várias possibilidades. Cfr Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 394

⁵⁴⁵ Law Reports of Trials of War Crimes, The United Nations War Crimes Commission, Volume XII, 1948, p. 75

⁵⁴⁶ United States of America v. Tomoyuki Yamashita, Public Trial, Volume XXXIII, 5 de Dezembro de 1945, p. 3992, 3995, 4043

os meios de comunicação entre ele e as suas tropas, o que resultou no desconhecimento da prática das atrocidades até depois do seu término.⁵⁴⁷ Não obstante, os juízes militares chegaram à conclusão de que apesar de precárias, as comunicações entre o General e as suas tropas permaneceram possíveis mesmo depois do início dos massacres.⁵⁴⁸ A seu par, foi determinado que muitos dos crimes cometidos pelos subordinados decorreram da execução de ordens escritas, embora não tenha sido o General a escrevê-las pela sua própria mão. Este também se absteve de visitar apesar da proximidade, os locais onde se encontravam os prisioneiros de guerra.⁵⁴⁹

A condenação não foi unânime, sendo que do lado daqueles que votaram contra a condenação persistiu o argumento de que se torna contraditório condenar o General por ter sido ineficiente no controlo das suas tropas quando parte da sua falha se deveu à quebra de comunicações entre o mesmo e os subordinados em consequência das acções das tropas americanas, os mesmos que estavam naquele momento responsáveis pelo seu processo.⁵⁵⁰ O juiz Murphy foi um dos que se manifestou contra a sua condenação, argumentou que a acusação que pendia sobre o General Yamashita não tinha precedentes legais e que por isso, utilizou-se um padrão de responsabilidade demasiado rígido para superiores hierárquicos.⁵⁵¹

No que respeita ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, o I Protocolo Adicional influenciou as suas previsões, nomeadamente o seu artigo 7º, secção 3. A linguagem que separa esta previsão tem sido interpretada como sendo mais clara do que a vigente no Tribunal de Nuremberga, pois em detrimento da exigência que o superior tome “todas as medias viáveis dentro do (seu) poder”, exige de forma mais objectiva, a tomada de “medidas necessárias e razoáveis”.⁵⁵² Acrescentou-se que dessa forma, perante um cenário de inércia apenas seria responsável pelo não cumprimento do seu dever, que impõem a prevenção ou punição dos comportamentos censuráveis dos seus

⁵⁴⁷ LAEL, Richard L (1982)., p. 83

⁵⁴⁸ PARKS, William, (1973) p. 25

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 25-30

⁵⁵⁰ GREEN, Leslie Claude (1995), p. 291-292

PARKS, William (1973), p. 35

⁵⁵¹ Dissenting Opinion by Frank Murphy, United States of America v. Tomoyuki Yamashita, Public Trial, Volume XXXIII, 5 de Dezembro de 1945 ,p. 43

FENRICK, W.J. (1999), p. 114

⁵⁵² CHING, Ann B. (1999) op. cit. p. 184

subordinados.⁵⁵³ Já o comentário ao Protocolo Adicional elaborado pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha veio contradizer este pensamento, afirmando que quando falhe no cumprimento desse dever, o comandante pode ser responsabilizado pelos actos cometidos pelos seus subordinados, dependendo da natureza e das circunstâncias que os rodeiam.⁵⁵⁴ O Manual Britânico de Direito Militar aditou que o superior pode ser considerado igualmente responsável pelos actos dos subordinados quando a sua prática deriva do cumprimento de uma ordem do comandante ou quando este tinha ou deveria ter conhecimento através de relatórios recebidos por ele ou por outros meios, de que as suas tropas ou outras pessoas sujeitas ao seu controlo estavam prestes a cometer ou cometeram um crime de guerra e este falhou no uso dos meios à sua disposição para garantir o cumprimento das leis de guerra.⁵⁵⁵

Existe uma certa dificuldade em identificar o conteúdo útil dos dois termos. Por esse motivo, alguns tribunais tentaram definir os dois conceitos. Interpretaram as medidas necessárias como “as necessárias para cumprir a obrigação de prevenir ou punir, nas circunstâncias prevaletentes no momento”, já as medidas razoáveis seriam “aquelas que o comandante estava em condições de tomar nas circunstâncias prevaletentes no momento”.⁵⁵⁶ O tipo e a extensão das medidas podem variar e “dependem do grau de controlo efectivo exercido pelo superior no momento relevante e da gravidade e iminência dos crimes que estão prestes a ser cometidos.”⁵⁵⁷ Tendo em conta a definição avançada, no que respeita ao caso de Jean-Pierre Bemba, é possível concluir que as medidas tomadas ficaram aquém daquelas que seriam possíveis tomar no momento e eram motivadas não pela preocupação de fazer cumprir o seu dever enquanto superior hierárquico, mas tendo em vista o impacto que poderiam produzir na sua imagem pública.⁵⁵⁸

⁵⁵³ GREEN, Leslie Claude (1995), p. 342

⁵⁵⁴ SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (1987) para. 3546, nota 39

Law Reports of Trials of War Crimes, The United Nations War Crimes Commission, Volume IV, 1948, p. 35

⁵⁵⁵ Grã-Bretanha, War Office, “A Lei da Guerra na Terra”, Manual do Direito Militar, parte III, 1958, para. 631.

Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 525

⁵⁵⁶ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement, 3 de Março de 2000 op. cit. para. 333.

Já a defesa afirma que na sua perspectiva medidas razoáveis serão aquelas proporcionais ao crime que os seus inferiores cometeram ou estavam prestes a cometer. para. 334

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 198

⁵⁵⁷ MOLOTO, Bakone Justice (2009), p. 20

Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 329

⁵⁵⁸ Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 720-721, 727-728

O tribunal mostrou-se convicto que os crimes resultaram da sua falha em “exercer controlo adequado” sobre os seus subordinados e que as “medidas não utilizadas dentro do seu poder teriam impedido”⁵⁵⁹ a sua concretização, como por exemplo, exigir a retirada das tropas das zonas afectadas.⁵⁶⁰ Várias foram as medidas tomadas, como por exemplo, a criação de inquéritos e de um tribunal marcial, visitas às áreas visadas, onde se reuniu com representantes da ONU.⁵⁶¹ Estas medidas revelaram-se insuficientes, aquém da sua capacidade material, no que respeita aos inquéritos realizados, existe uma óbvia falta de consideração de todos os factos relevantes, os investigadores deixaram de parte informações relevantes e não investigaram determinadas pistas. Além de que os acusados perante o tribunal marcial viram as suas acusações limitadas a crimes como o roubo, deixando de parte aqueles de cariz sexual.⁵⁶² Não existem, de igual forma, provas que indiquem que após a reunião com os representantes da ONU e do conhecimento de que estavam a ser cometidas atrocidades, tenha tomado medidas concretas com vista ao seu término, ou mesmo, que tenha seguido as advertências gerais que fez publicamente durante os seus discursos e perante os media.⁵⁶³ Seguidamente, a comissão Zongo foi estabelecida para fazer face a alegações públicas da prática de diversos crimes entre os quais, os de natureza sexual, mas foi ordenada que apenas tratasse dos crimes de roubo, sendo que era não só composta, mas também baseava as suas investigações em entrevistas com membros da MLC.⁵⁶⁴ Por último, também se absteve de encaminhar a questão para as autoridades competentes ou de cooperar com as autoridades internacionais com vista à sua resolução.⁵⁶⁵

Poderia, assim, ter optado por assegurar que as tropas recebiam um tipo de treino militar que privilegiava o respeito pelo Direito Internacional Humanitário e supervisionado de forma mais eficaz a sua actuação durante o tempo em que operaram no CAR, investido em investigações completas com vista a terminar de forma genuína as atrocidades que os soldados cometeram, emitido ordens aos restantes comandantes presentes nos locais onde

⁵⁵⁹ Ibidem, para. 738, 740

⁵⁶⁰ Ibidem, para. 740

⁵⁶¹ Ibidem, para. 719

⁵⁶² Ibidem, para. 720

⁵⁶³ Ibidem, para. 721

⁵⁶⁴ Ibidem, para. 722

⁵⁶⁵ Ibidem, para. 733

os crimes ocorreram, de forma a prevenir novas práticas.⁵⁶⁶ Mas especialmente deveria ter procedido mais cedo à retirada das tropas dos territórios afectados.⁵⁶⁷ Medidas como as expostas teriam diminuído o ambiente de não punição, que facilitava e de certa forma, contribuía para o perpetuar de novas atrocidades posteriores.

Nem sempre será possível prevenir uma violação ou punir os agressores, por isso, é sugerido que perante a ocorrência de circunstâncias excepcionais, como o genocídio, se exija ao superior a tomada de medidas extraordinárias para prevenir e punir os seus subordinados.⁵⁶⁸ Por seu turno, o tribunal em Čelebići destacou que o superior apenas poderá tomar medidas “dentro dos seus poderes ou dentro da sua possibilidade material”.⁵⁶⁹ Como por exemplo, punir ou remover os infractores da sua função, tal como ocorreu com Esad Landžo ou mesmo redigir relatórios oficiais dirigidos ao seu superior hierárquico.⁵⁷⁰ Além disso, outra forma de prevenir a sua prática poderia passar pelo simples informar ou mesmo lembrar os subordinados, das leis de guerra e a proibição de potenciais abusos sexuais. Tal como impõe o artigo 84º do I Protocolo Adicional, os comandantes devem garantir que os seus subordinados estejam cientes das disposições das Convenções e dos Protocolos Adicionais.⁵⁷¹ Deve ainda ser demonstrado que os métodos usualmente utilizados pelos militares e que assentam na construção da masculinidade através de métodos de treino baseados na violência, contribuem para a (re)incidência de abusos sexuais no seio bélico.⁵⁷²

O dever de prevenir nasce na esfera jurídica do superior quando adquire o conhecimento real ou está na posse de informações que lhe permitem concluir que um crime está a ser concretizado ou está prestes a ser.⁵⁷³ Já no que respeita ao dever de punir este pode ser exercido quando existe uma suspeita razoável de que o seu subordinado cometeu um crime. Deve pelo menos, conduzir a uma investigação adicional, de modo a estabelecer os

⁵⁶⁶ Ibidem, para. 729

⁵⁶⁷ Ibidem, para. 730

⁵⁶⁸ Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Judgement, 7 de Junho de 2001, para. 44, 14

⁵⁶⁹ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998 op. cit. para. 395

⁵⁷⁰ Ibidem, para.743

⁵⁷¹ LAVIOLETTE, Nicole (1998), p. 138

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, 21 de Março de 2016, para. 203

⁵⁷² GARDAM, Judith (1993) Gender and Non-Combatant Immunity. Transnational Law and Contemporary Problems. Vol. 3 nº2, p. 369

⁵⁷³ MOLOTO, Bakone Justice (2009), p. 19

factos necessários para determinar quem é o verdadeiro culpado e sancioná-lo efectivamente, é um dever transversal à autoridade de facto e de jure.⁵⁷⁴ Caso não seja possível conduzir pessoalmente a investigação ou sancionar o culpado, deve informar as autoridades competentes e assegurar que estas investem naquela ou já na respectiva sanção ao agressor.⁵⁷⁵ Além disso, no caso Bagilishema foi clarificado que a prevenção e punição não são opções alternativas, isto é, no caso de o dever do superior ser naquele caso prevenir a prática de alguma ofensa e falha nessa tarefa, não poderá posteriormente punir o subordinado por aquele mesmo acto, com intuito de evitar qualquer responsabilidade criminal,⁵⁷⁶ até porque são vistos como dois deveres independentes.⁵⁷⁷

Ainda em Čelebići, a defesa adicionou um novo requisito que deve estar reunido com os restantes para que o superior possa ser considerado responsável, e que diz respeito ao requisito da causalidade. Exige-se, portanto, que a falha do superior em exercer controlo efectivo sobre os seus subordinados, tenha resultado na prática de crimes pelos mesmos, por outras palavras, deve provar-se que se o superior tivesse cumprido este dever que é inerente à função que ocupa, os crimes não teriam sido cometidos.⁵⁷⁸ Ao contrário do que ocorre numa acção positiva, no caso de um acto omissivo, é este que causa a consequência porque a sua prática provavelmente surgia como uma prevenção à sua ocorrência, basta por isso, que a falha na supervisão dos seus soldados tenha aumentado, de certa forma, o risco da prática de atrocidades pelos mesmos, já que a sua prova pós-facto é quase impossível.⁵⁷⁹ A Primeira Instância discordou, afirmando que onexo de causalidade não pode ser visto como uma condição sine qua non para a atribuição de responsabilidade criminal aos superiores hierárquicos pela falha em prevenir os actos ilegais dos seus subordinados, aliás a sua consideração enquanto um elemento autónomo na doutrina da responsabilidade de comando é inexistente quando atentamos à jurisprudência existente e nos restantes

⁵⁷⁴ Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 336
FENRICK, William J. (1999), p. 520.

⁵⁷⁵ Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 336

⁵⁷⁶ Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Trial Judgement, 7 de Junho de 2001, para. 49.

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Trial Judgement, 3 de Março de 2000, para. 336

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004, para. 79

⁵⁷⁷ Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004, para. 79.

Em Orić o tribunal classifica o dever de punir “subsidiário” por si próprio. Cfr Prosecutor v. Naser Orić, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 335

⁵⁷⁸ AMBOS, Kai. Superior Responsibility (2002), p. 860

⁵⁷⁹ Ibidem

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, case. No.: ICC-01/05-01/08, Pré-trial Judgement, 15 de Junho de 2009, para. 425

documentos legais.⁵⁸⁰ Além de que a sua adopção criava uma certa insegurança jurídica porque não seria possível uma “aplicação consistente e objectiva”⁵⁸¹, dado que era necessário averiguar casuisticamente se o evento teria igualmente ocorrido caso o superior tivesse agido com vista à sua prevenção.

4.2. Joint Criminal Enterprise

Ao longo da história a condução da violência sexual à Justiça viu-se cercada de duas grandes dificuldades, a complexidade em identificar o autor da ofensa e a incapacidade de abranger a responsabilidade pela sua prática a outros sujeitos envolvidos na mesma, que não o seu autor imediato, como os líderes políticos ou comandantes militares.⁵⁸² Por isso mesmo, surgiram duas formas de responsabilidade criminal individual para acautelar este tipo de cenários: a responsabilidade penal directa e a responsabilidade indirecta. No que concerne à responsabilidade directa, esta afecta aqueles indivíduos que tenham planeado, ordenado, cometido, instigado ou auxiliado⁵⁸³ a execução de crimes dentro da jurisdição dos tribunais internacionais. A este propósito é necessário destacar, muito por conta das normas mais evoluídas da temática, como as do TPI, que a responsabilidade directa não é o equivalente à prática física da ofensa, isto é, existem diversos casos em que esse agressor não teve contacto físico com a vítima, podendo inclusive, encontrar-se distante do local do crime.⁵⁸⁴

Atendendo aos tribunais anteriores ao TPI, especialmente às jurisdições ad hoc este tipo de responsabilidade não se encontra prevista de forma explícita embora a jurisprudência⁵⁸⁵ defenda que os artigos 7º nº1 e 6º nº1, do TPIJ e TPIR, respectivamente, preveem esta

⁵⁸⁰ Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998, para. 398

⁵⁸¹ Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, 21 de Março de 2016 op. cit. para. 212

⁵⁸² SELLERS, Patricia Viseurs (2007), p. 14

⁵⁸³ Prosecutor v. Dragan Nikolić, Case No. IT-94-2-S, Trial Judgement, 18 de Dezembro de 2003, para. 119
Prosecutor v. Gacumbitsi, Trial Judgement, 7 Junho de 2004, para. 292

⁵⁸⁴ SELLERS, Patricia Viseurs (2007), p. 14.

Prosecutor v. Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Ljubomir Borovčanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero, Vinko Pandurević, Case No. IT-05-88-T, Trial Judgement, 10 de Junho de 2010, para. 1026.

Prosecutor v. Édouard Karemera and Matthieu Ndirumpatse, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1436

⁵⁸⁵ Prosecutor v. Édouard Karemera, Matthieu Ndirumpatse, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1433

figura, através da expressão “cometer”.⁵⁸⁶ Assim, foi enunciada pela primeira vez junto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, no caso Tadić e no caso Furundžija, no âmbito da responsabilidade penal individual, uma forma directa de participação, a doutrina da “Joint Criminal Enterprise (JCE)”. Respeitando essa ampla visão do artigo 7º e indo também ao encontro dos ideais que inspiraram a criação do tribunal⁵⁸⁷ e que passam por conseguir levar à Justiça todos aqueles “responsáveis por “crimes graves” (art.1º)⁵⁸⁸, mesmo os que ocupam os altos cargos militares e civis. Permitindo igualmente ultrapassar o alto padrão de prova exigido na responsabilidade de comando, nomeadamente quanto ao requisito do controlo efectivo do superior sobre os subordinados,⁵⁸⁹ já que a JCE no fundo é uma forma de responsabilidade individual e não de responsabilidade superior.⁵⁹⁰

A JCE deve ser composta pelos seguintes elementos: 1) pluralidade de sujeitos, 2) a existência de um plano comum, desígnio ou propósito que equivale a ou envolve a prática de um crime previsto no Estatuto, através de qualquer “forma de assistência ou contribuição para a execução do propósito comum”,⁵⁹¹ 3) participação do acusado no plano comum envolvendo a prática de um dos crimes previstos no Estatuto.⁵⁹² Em Krajišnik foi destacado que aplicação da JCE não está limitada a casos com um número elevado de envolvidos.⁵⁹³ Acrescente-se ainda que a pluralidade de sujeitos não necessita de ser organizada obedecendo a uma estrutura militar, política ou administrativa⁵⁹⁴, e que a contribuição dos acusados “não precisa de ser essencial para a prática do crime, mas deve formar um elo na cadeia de causalidade e constituir uma contribuição significativa para os

⁵⁸⁶ DANNER, Allison Marston, MARTINEZ, Jenny S. (2005) Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*. Vol. 93, p. 103.

AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility* (2007), p. 160

⁵⁸⁷ CAEIRO, Pedro (2002) Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos Tribunais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12 nº1, p. 574-575

⁵⁸⁸ OHLIN, Jens David (2007) Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 nº1, p. 72.

Prosecutor v. Duško Tadić, Appeal Judgement, 15 Julho de 1999, para. 189

⁵⁸⁹ Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez, Trial Judgement, 26 de Fevereiro de 2001, para.415

⁵⁹⁰ ASKIN, Kelly (2006) p. 22

⁵⁹¹ AMBOS, Kai (2002) op. cit. p. 356

⁵⁹² Prosecutor v. Duško Tadić, Appeal Judgement, 15 Julho de 1999, para. 227

⁵⁹³ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Judgement, 27 de Setembro de 2006, para. 876

⁵⁹⁴ Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Case No.: IT-98-32-A, Appeal Judgement, 25 de Fevereiro de 2005, para. 100

crimes pelos quais o acusado deve ser responsabilizado”.⁵⁹⁵ Pretende-se que perante uma partilha de intenção e conduta criminosa, os envolvidos, por mais pequeno que tenha sido o seu papel no desenrolar dos acontecimentos, devem também partilhar da responsabilidade criminal porque todos contribuíram para o resultado final.⁵⁹⁶

Por isso mesmo, existem três categorias de criminalidade colectiva: (i) a forma básica, em que os participantes agem com base num “plano comum”, numa “empresa comum” ou com uma “intenção comum”, entrando todos os envolvidos em acordo quanto à execução dos ilícitos,⁵⁹⁷ embora possam desempenhar papéis diferentes na dinâmica criminal; (ii) a forma sistêmica, que se refere aos apelidados campos de concentração, onde os crimes são cometidos por membros de unidades militares ou administrativas, como aqueles que tomam lugar em campos de concentração ou de detenção com base num plano comum (“propósito comum”), existindo uma partilha da intenção de os promover, sendo que a pessoa acusada deve ocupar uma posição de autoridade dentro da hierarquia aí estabelecida, e embora ausente na execução física do crime, teve uma participação activa na execução do desígnio comum.⁵⁹⁸ Aqui é vital que se prove a adesão dos vários envolvidos ao sistema de repressão organizado e a sua promoção⁵⁹⁹. E por fim, (iii) a variante ampla, quando um dos co-perpetradores comete actos que ultrapassam o plano comum, mas no final os seus actos ainda constituem uma “consequência natural e previsível” da realização do plano.⁶⁰⁰

Especificamente, nas duas primeiras categorias exige-se a prova de que a violência sexual fazia parte de um plano comum em que o acusado participava ou que pelo contrário, seria uma consequência natural e previsível no decurso do desígnio original, na visão da terceira categoria. Askin vem esclarecer que dada a extensão de crimes que são efectivados no seio

⁵⁹⁵ Prosecutor v. Édouard Karemera, Matthieu Ndirumpatse, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012 op. cit. para.1436.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case. Appeal judgement, 12 de Junho de 2002, para. 98.

Prosecutor v. Aloys Simba, Case No. ICTR-01-76-A, Appeal Judgement, 27 de Novembro de 2007, para. 303

⁵⁹⁶ CASSESE, Antonio (2008), p. 182-183

⁵⁹⁷ DANNER, Allison Marston, MARTINEZ, Jenny S. (2005), p. 105.

HAFFAJEE, Rebecca L. (2006) Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: The Application of Joint Criminal Enterprise Theory. Harvard Journal of Law & Gender. Vol. 29, p. 213

⁵⁹⁸ HAFFAJEE, Rebecca L. (2006), p. 213

⁵⁹⁹ DANNER, Allison Marston, MARTINEZ, Jenny S. (2005), p. 105-106

⁶⁰⁰ Ibidem

AMBOS, Kai (2009) Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-Prosecutors' Appeal of the Closing Order Against Kaing Guek Eav “Duch” Dated 8 August 2008. Criminal Law Forum. Vol. 20, p. 358

bélico, torna-se complexa a tarefa de determinar quais os crimes que faziam parte do plano comum originário e quais aqueles que se trataram de uma consequência natural e previsível do mesmo.⁶⁰¹ Alerta também que a violência sexual deve apenas ser contida na terceira categoria em casos residuais, pois se analisarmos os danos que este tipo de actos provocam, conseguem, em muitos casos, ser superiores e mais destrutivos do que os restantes ilícitos.⁶⁰² Trata-se de “um crime calculado para infligir o máximo de dano ao grupo alvo” e não uma consequência de outro crime, sob pena de se estar desvalorizar a própria história e a gravidade deste tipo de actos.⁶⁰³

Quanto aos elementos subjectivos estes variam consoante a categoria de JCE representada. A JCE I exige uma intenção compartilhada pelos (co-) perpetradores; a JCE II exige conhecimento pessoal do sistema de maus-tratos; por último, a JCE III requer uma intenção (i) de participar do propósito criminal e de (ii) contribuir para a prática de um crime por um grupo.⁶⁰⁴ Nas duas primeiras formas todos os que participam na JCE podem ser responsabilizados por todos os crimes levados a cabo na prossecução do projecto comum.⁶⁰⁵ Esta terceira categoria é aquela que levanta maiores questões, uma vez que, o acusado pode ser responsabilizado por crimes que não tinha em mente quando aderiu à JCE, cometidos por outros participantes. O elemento subjectivo difere das restantes categorias, pois move-se da intenção (dolo eventual)⁶⁰⁶ para a negligência⁶⁰⁷ e pode existir uma variação deste elemento entre os vários acusados, que podem contribuir mais uns do que outros para o desenrolar dos eventos.⁶⁰⁸ Além do mais, crimes que possam ser praticados fora do desígnio inicial e exigir uma intenção especial, como uma intenção discriminatória, deve igualmente ser partilhada.⁶⁰⁹

⁶⁰¹ ASKIN, Kelly (2006) Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*. Vol. 1 nº1, p. 21

⁶⁰² Ibidem

⁶⁰³ Ibidem

⁶⁰⁴ HAFFAJEE, Rebecca L. (2006) Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: the Application of Joint Criminal Enterprise Theory. *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 29, p. 214

⁶⁰⁵ Ibidem

⁶⁰⁶ DANNER, Allison Marston, MARTINEZ, Jenny S. (2005), p. 108.

OLSON, Laura M., SASSBLI, Marco (2000) The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadić case - New horizons for International humanitarian and criminal law. *International Review of the Red Cross*. Vol. 82, nº 839, pp. 733, 749

⁶⁰⁷ Ibidem

⁶⁰⁸ Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1437

⁶⁰⁹ Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Cases Nos. ICTR-96-10-A/ICTR-96-17-A, Appeal Judgement, 13 de Dezembro de 2004, para. 467.

1ª Categoria

No que concerne a Anto Furundžija, este era acusado de actos de violação e de tortura, segundo o artigo 3º do Estatuto do TPIJ, que tiveram essencialmente lugar durante um interrogatório, onde as vítimas foram inquiridas (testemunha A e D), de forma a obter determinadas informações. No caso da testemunha A, esta encontrava-se em “estado de nudez”, quando o acusado passou uma faca na parte interna das suas coxas, ao mesmo tempo que ameaçava cortar as suas partes íntimas caso se recusasse a responder de forma honesta às questões que lhe iam sendo colocadas.⁶¹⁰ De seguida, o acusado B que se encontrava presente durante todo o interrogatório procedeu à sua violação pelas mais diversas formas, continuando o interrogatório, que à medida que se intensificava, os abusos sexuais intensificavam-se também.⁶¹¹ Furundžija foi considerado culpado do crime de tortura contra a testemunha A, “em virtude do seu interrogatório como parte integrante” do crime.⁶¹² Em recurso, o acusado contra-argumentou que não foi provado de que havia uma conexão directa entre o seu interrogatório e os abusos do acusado B à testemunha A e que também “não existiam provas de que ele “planeou, concordou, ou pretendia que a Testemunha A fosse tocada ou ameaçada de alguma forma no decurso do seu interrogatório”.⁶¹³ O tribunal de recurso afirmou que, “(...) o acto de um acusado contribui para o propósito do outro, e ambos agiram simultaneamente, no mesmo lugar e à vista de um ao outro, por um período prolongado de tempo, o argumento de que não havia um propósito comum é claramente insustentável”.⁶¹⁴

O tribunal recorreu a duas fontes de Direito Penal Internacional, os precedentes retirados dos casos Dachau Concentration Camp e Auschwitz Concentration Camp e o artigo 25º, nº3 al. c) e d) do Estatuto de Roma,⁶¹⁵ com o intuito de distinguir entre os casos de “co-perpetração que envolvem um grupo de pessoas que prossegue um desígnio criminoso

Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać, Case No. IT-98-30/1-A, Appeal Judgement, 28 de Fevereiro de 2005, para. 110

Prosecutor v. Édouard Karemera, Matthieu Ngirumpatse, Trial Judgement, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1439

⁶¹⁰ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 264

⁶¹¹ Ibidem, para. 266

⁶¹² Ibidem, para. 267(i).

⁶¹³ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 115

⁶¹⁴ Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Appeal Judgement, 21 de Julho de 2000 op. cit. para. 120

⁶¹⁵ Ibidem, para. 211 e 214

comum” e casos de “ajuda ou encorajamento”.⁶¹⁶ A Primeira Instância considerou que o que distingue a segunda categoria da primeira será a pressuposição da participação na empresa criminal comum (dimensão objectiva) e a intenção de na mesma participar (dimensão subjectiva). Na segunda categoria, assenta na assistência, encorajamento ou o apoio moral com uma ajuda substancial sobre a efectivação do ilícito (dimensão objectiva), acompanhada da consciência de que a actuação desenvolvida assiste essa mesma concretização (dimensão subjectiva).⁶¹⁷ Portanto, aplicando a argumentação aos factos que compõe o caso, o tribunal considerou que “co-perpetrador” é que aquele que participa numa parte integrante do crime e partilha do propósito implícito ao acto, neste caso obter informações relevantes, punir, intimidar, humilhar a vítima e a cultura muçulmana, bem como o sexo feminino.⁶¹⁸ Por sua vez, o mero “ajudante ou encorajador” será aquele que presta assistência, aos actos de tortura concretizados com o conhecimento de que o crime está a ser praticado, tendo essa assistência um efeito substancial sobre a própria concretização.⁶¹⁹

Ainda no TPIJ a violência sexual foi reconhecida como parte do plano comum originário. No caso Stakić, este foi acusado dos crimes de homicídio, extermínio e perseguição, baseados em parte em ilícitos de natureza sexual.⁶²⁰ Estes comportamentos foram interpretados como pertencentes na JCE I, visando como objectivo principal a limpeza étnica da população não sérvia, através da perseguição, deportação e transferência forçada de civis.⁶²¹

2ª Categoria

Em Miroslav Kvočka a análise teve na base os actos criminosos cometidos no campo de Omarska e que se assemelham à segunda categoria da JCE, referente aos actos que

⁶¹⁶ Ibidem, para. 210

⁶¹⁷ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 249

COSTA, Joana (2014) Joint Criminal Enterprise- O Problema da Imputação Individual do Facto Colectivo na Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, p. 56

⁶¹⁸ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 252

⁶¹⁹ Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998, para. 252

Costa, Joana (2014), p. 56

⁶²⁰ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-T, Trial Judgment, 31 Julho 2003, para. 88

⁶²¹ Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-97-24-A, Appeal Judgment, 22 Março 2006, para. 78, 85

ocorrem em campos de concentração⁶²² porque segundo o tribunal o campo de Omarska funcionava como uma empresa criminosa, onde diversos crimes foram cometidos “intencionalmente, maliciosamente, seletivamente e, em alguns casos, sadicamente contra os não-sérvios detidos no campo”⁶²³, crimes estes levados a cabo por uma pluralidade de sujeitos que partilhavam o propósito comum de “perseguir e subjugar os não-sérvios”.⁶²⁴ Kvočka e os restantes foram acusados do crime de perseguição que tinha na base os abusos sexuais que ocorreram no campo de Omarska. Todos eles desempenhavam funções no campo e estavam conscientes que o seu trabalho facilitava a violência étnica e de género de que eram alvo os civis.⁶²⁵ Quem trabalhava ou visitava o campo, não tinha como desconhecer as atrocidades que ali se cometiam, bastava atentar ao posto ocupado pelos acusados e a quantidade de vezes que tinham contacto com os prisioneiros, mas especialmente, poderia concluir-se a partir do estado em que os prisioneiros se encontravam, ensanguentados, rodeados de corpos sem vida, suplicando por comida ou que não os maltratassem, bem como a precariedade das próprias instalações.⁶²⁶ Embora tenham existido maus-tratos regulares no campo de Omarska, incluídos na JCE II, ao objectivo inicial de perseguir os não sérvios foram adicionados actos de natureza sexual, com vista a concretizar esse primeiro objectivo, permitindo a expansão do plano originário:

*“Quaisquer crimes que fossem consequências naturais ou previsíveis da empresa criminosa conjunta do campo de Omarska, incluindo a violência sexual, podem ser atribuíveis aos participantes na JCE, se cometidos durante o tempo que ele participou na empresa”.*⁶²⁷

As condições base ditavam que a violência sexual poderia ser uma consequência previsível, dada a presença de 36 mulheres prisioneiras no campo, vigiadas por homens armados, muitas vezes alcoolizados e violentos. O tribunal mostrou-se convicto de que:

⁶²² Banks, Angela, M. (2005) Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes. Women's Initiatives for Gender Justice, p. 56

⁶²³ Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milošević, Mlađo Radić, Zoran Žigi, Dragoljub Prca, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001 op. cit. para. 319

⁶²⁴ Ibidem, para. 320

⁶²⁵ Ibidem, para. 408, 464

⁶²⁶ Ibidem, para. 324

⁶²⁷ Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milošević, Mlađo Radić, Zoran Žigi, Dragoljub Prca, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001 op. cit. para. 327

*“(...) seria irrealista e irracional esperar que nenhuma das mulheres detidas em Omarska, em circunstâncias que as tornassem especialmente vulneráveis, fosse submetida a violações ou outras formas de violência sexual. Esta conclusão foi ainda apoiada pela intenção clara do empreendimento criminal de submeter o grupo alvo à perseguição através de meios que abrangem violência e humilhação.”*⁶²⁸

Assim, embora a primeira instância tenha concluído que os crimes cometidos no campo de Omarska podem ser inseridos na JCE II, existe igualmente a possibilidade de os factos poderem ser subsumidos na JCE III.⁶²⁹ O tribunal de recurso decidiu aditar que para que seja possível uma condenação com base na terceira categoria, é necessário que o acusado tivesse conhecimento suficiente para considerar que poderiam adicionar-se ao objectivo inicial, novos crimes enquanto consequência natural e previsível.⁶³⁰

A condenação de Kvočka por perseguição foi anulada, uma vez que, não ficou provado além da dúvida razoável, que os abusos sexuais ocorridos em Omarska, coincidiram temporalmente com a estadia do acusado no campo.⁶³¹ Segundo a defesa, o acusado não poderia ser responsabilizado por crimes cometidos antes ou após a sua estadia⁶³², sendo que a primeira instância não determinou quando estes ocorreram, nem as testemunhas (com excepção da testemunha J contra Nedeljko Grabovac)⁶³³ avançaram com datas concretas.⁶³⁴

3ª categoria

Na terceira categoria da JCE pode inserir-se o caso de Radislav Krstić. O acusado e os restantes elementos da empresa tinham como objectivo a limpeza étnica, visando eliminar os civis muçulmanos, e mais concretamente “transferir à força as mulheres muçulmanas

⁶²⁸ Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Case n. IT-98-30/1-T, Trial Judgment, 2 Novembro 2001 op. cit. para 327

⁶²⁹ Ibidem, para. 268

⁶³⁰ Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Case. N. IT-98-30/1-A, Appeal Judgment, 28 Fevereiro 2005, para 86. SCHABAS, William A. (2004) An Introduction to the International Criminal Court. 2ª edição, Nova Iorque (Estados Unidos): Cambridge University Press, p. 104

⁶³¹ Ibidem, para. 332-333

⁶³² Ibidem, para. 349

⁶³³ Ibidem, para. 99

⁶³⁴ Ibidem, para. 332-333, 356, 413C

bósnias, crianças e idosos de Potočari (...) e criar uma crise humanitária.”,⁶³⁵ a intenção do General em participar neste crime era visível através da sua “extensa participação” no mesmo.⁶³⁶ Apesar de os crimes sexuais não fazerem parte do desígnio comum originário, eram “uma consequência natural e previsível da campanha de limpeza étnica”⁶³⁷ e o General deveria estar consciente dessa possibilidade “dada a falta de abrigo, a densidade das multidões, a condição vulnerável dos refugiados, a presença de muitas unidades militares e paramilitares regulares e irregulares na área e a simples falta de um número suficiente de soldados da ONU para protecção.”⁶³⁸ Posteriormente foi possível ao acusado estar presente quando se procedeu ao transporte dos prisioneiros e por isso, seria perceptível aos seus olhos o estado em que estes se encontravam.⁶³⁹ Como tal, Krstić foi acusado do crime de perseguição e na sua base encontravam-se crimes como a violação, que se deram em Potočari, como uma “consequência natural e previsível” do seu envolvimento na JCE.

Em Krajišnik ficou patente que não só os crimes previamente planeados pelos seus membros serão associados a este “projecto comum”, os crimes subsequentes também podem ser, isto é, passam a ser considerados parte do seu propósito comum.⁶⁴⁰ Por isso mesmo, a violência sexual cometida dentro e fora dos campos de detenção e que decorra de outra conduta criminal, pode resultar na expansão da responsabilidade criminal dos agressores e membros do JCE.⁶⁴¹ Inicialmente existia a intenção comum de cometer crimes de deportação, transferência forçada e perseguição, no entanto, foram aditados os crimes de homicídio, extermínio e perseguição baseados em crimes de violência sexual, o tribunal acrescentou os mesmos à JCE I.⁶⁴² Subjectivamente falando, o líder foi informado acerca da prática destas atrocidades e absteve-se de agir com vista ao seu

⁶³⁵ Prosecutor v. Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 de Agosto de 2001 op. cit. para. 615-616

⁶³⁶ Ibidem

⁶³⁷ Prosecutor v. Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 de Agosto de 2001 op. cit. para. 616

⁶³⁸ Prosecutor v. Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 de Agosto de 2001 op. cit. para. 616

⁶³⁹ Ibidem

⁶⁴⁰ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Trial Judgement, 27 de Setembro de 2006, para. 1098

⁶⁴¹ Ibidem, para. 1105

⁶⁴² Ibidem, para. 1126, 1145, 1182

término. Insistindo, inclusive na implementação do desígnio comum originário, que consequentemente foi expandido para incluir os mencionados actos.⁶⁴³

Isto significa que os crimes sexuais, seja como parte integrante do plano criminal original ou como consequência da prática de um dos ilícitos principais vão obter uma maior resposta criminal e conduzir os responsáveis à Justiça, nomeadamente através do instituto da responsabilidade solidária que abrange os responsáveis que se encontravam no momento da sua prática, fisicamente distantes do local do crime, como os líderes militares e políticos.⁶⁴⁴ A expansão do objectivo comum ocorre quando os membros base da JCE são informados sobre a prática de novos tipos de crimes cometidos na execução do mesmo e não adoptam medidas para prevenir uma reincidência futura dos mesmos, prosseguindo com a concretização do objectivo.⁶⁴⁵ Por isso, a implementação do objectivo comum deixa de estar circunscrito aos crimes originários e a partir daí todos os actos levados a cabo pelos acusados serão interpretados como contribuição para a sua implementação.⁶⁴⁶ Ainda assim, o tribunal de recurso anulou em parte o julgamento da primeira instância porque esta não conseguiu provar quando se concretizou a expansão do plano originário e com que base foram imputados os novos crimes a Krajišnik.⁶⁴⁷

Ainda a propósito desta terceira categoria, mencione-se um novo exemplo, o caso Karemera, onde este e Ngirumpatse tinham em vista a destruição da etnia tutsi e foram considerados culpados de crimes sexuais praticados contra as mulheres dessa etnia porque considerou-se que a violência sexual era uma “consequência natural e previsível da execução do JCE”⁶⁴⁸ e “conscientemente e voluntariamente participaram na JCE”⁶⁴⁹. Continuando a participação, apesar de ter sido provado que tinham conhecimento do carácter generalizado e sistemático da violência sexual contra as mulheres tutsi.⁶⁵⁰

Neste caso a acusação decidiu acusar Édouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse e Joseph Nzirorera de violação como crime contra a humanidade, nos termos da responsabilidade de

⁶⁴³ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-A, Appeal Judgment, 17 Março 2009, para 170

⁶⁴⁴ SELLERS, Patricia Viseurs (2007),p. 16

⁶⁴⁵ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Trial Judgment, 27 de Setembro de 2006, para. 1098

⁶⁴⁶ Ibidem

⁶⁴⁷ Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, IT-00-39-A, Appeal Judgment, 17 March 2009, para 163, 175-178

⁶⁴⁸ Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Trial Judgment, 2 de Fevereiro de 2012 op. cit. para. 1465

⁶⁴⁹ Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Trial Judgment, 2 de Fevereiro de 2012 op. cit. para. 1465, 1473

⁶⁵⁰ Ibidem, para. 1483

comando (art. 6 n°3) e com base nos pressupostos da JCE (art. 6 n°1) do Estatuto do TPIR. Conclui que:

- 1) Os acusados tinham conhecimento que a violência sexual, concretamente a violação, era uma consequência natural e previsível da concretização do plano comum originário;
- 2) Os acusados participaram na empresa conjunta de forma consciente e intencional;
- 3) Os acusados sabiam ou tinham razão para saber que os restantes soldados subordinados estavam a cometer ou prestes a cometer crimes de natureza sexual;
- 4) Os acusados tinham capacidade material para prevenir ou punir os infractores mas dispensaram tomar as medidas necessárias e razoáveis.⁶⁵¹

Karemera e Ngirumpatse foram condenados por crimes de violação e agressões sexuais enquanto genocídio e como crimes contra a humanidade, enquanto actos integrantes numa JCE (JCE III), nos termos do art. 6º n°1 do Estatuto.⁶⁵²

Esta figura possui a vantagem de impedir que a dificuldade que muitas vezes caracteriza a determinação da específica contribuição levada a cabo por cada interveniente individualmente considerado, conduza à impunidade por acções concretizadas colectivamente.⁶⁵³ Basta pensarmos no caso dos perpetuadores morais que por se encontrarem distantes durante a ocorrência dos factos criminais, tornam complexa a tarefa de encontrar o elo de ligação entre os dois. Além disso, permite uma análise do topo da hierarquia militar para a sua base, admitindo a responsabilidade do autor material e do superior hierárquico.⁶⁵⁴ Tendem assim, a colmatar as insuficiências que afectam as teorias tradicionais sobre os pressupostos da responsabilidade criminal. A doutrina não é imune a críticas. É acusada de ampliar as estruturas de imputação até ao ponto de ser possível efectivar a responsabilidade.⁶⁵⁵ Ademais, corre-se o risco de a atribuição da responsabilidade poder ocorrer além do limite consentido pela culpa.⁶⁵⁶ Por isso mesmo, a

⁶⁵¹ Prosecutor v. Édouard Karemera, Matthieu Ngirumpatse, Trial Judgment, 2 de Fevereiro de 2012, para. 1476-1477, 1463-1465, 1021, 1094

⁶⁵² Prosecutor v. Édouard Karemera et al., ICTR-98-44-T, Trial Judgment, 2 Fevereiro 2012, para 1670, 1682

⁶⁵³ COSTA, Joana (2014), p. 12

⁶⁵⁴ Ibidem, p. 13

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 14

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 14-15

teoria foi parcialmente afastada do Estatuto de Roma, o TPI preferiu oferecer destaque às categorias da co-autoria e da autoria mediata e recorre apenas à JCE quando moldada de forma a torná-la compatível com os princípios que decorrem do carácter individual da responsabilidade.⁶⁵⁷ Por seu turno, a opção que compõe a alínea d) do artigo 25º é apontada como o substituto da doutrina da Joint Criminal Enterprise⁶⁵⁸, que considera responsável aquele que “contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objectivo comum”, sendo necessário que a participação seja intencional e tenha lugar: “i) com o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do tribunal ou ii) com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime”.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 16

⁶⁵⁸ AMBOS, Kai (2007), p. 173

Conclusão

Esta exposição contou, em grande parte, com a análise de casos pertencentes ao passado que envolviam a violência sexual contra a mulher. Mas foi perceptível que a sociedade continua a cometer os mesmos erros, repetindo-se comportamentos como os mencionados. É a prova de que o movimento feminista continua a ter legitimidade, ao contrário do que possa ser sustentado por alguns membros societários que defendem que este esgotou a sua razão de ser.

Tendo o feminismo surgido, segundo alguns autores, na época da revolução francesa, acabou por ser influenciado pelos seus ideais, nomeadamente, pelo valor da igualdade. Este movimento que começou por ser composto ora por mulheres isoladamente consideradas, ora por pequenos grupos, exigia ter os mesmos direitos que iam sendo atribuídos aos homens. Aqui se situando a sua primeira fase, que cujo objectivo passava pela atribuição de direitos iguais aos dois sexos, ambicionava-se, por isso, o alcançar da igualdade formal. Surgiu uma nova fase que pretendia acabar com as dificuldades que a igualdade formal não conseguiu ultrapassar, passando a privilegiar-se a igualdade material. Ficou patente que as desigualdades que iam sofrendo ao nível social encontravam-se conectadas com opções legais discriminatórias, contribuindo para a adopção de uma postura mais politizada por parte das feministas. Mas a grande inovação desta nova fase tratou-se da introdução do conceito de género, relevante até aos dias de hoje. Pretendia-se questionar a divisão hierarquizada promovida pelas estruturas sociais, ao mesmo tempo, promovendo a tomada de consciência da realidade socia-cultural que as rodeava, e especificamente das representações sociais que a sociedade realizava sobre o seu sexo. No fundo, permitiu perceber que o sexo e o género não são conceitos sinónimos, e rejeitar-se o determinismo biológico com base no género.

O direito é uma das estruturas sociais que perpetua esta bipolarização dos géneros. Ao analisarmos legislação anterior aos nossos dias, podemos concluir que existiam papéis fixos na dinâmica criminal. Ao homem, graças ao vigor físico, era atribuído o papel de agressor, já a mulher, enquanto ser frágil e carente de protecção, era a vítima. Não se admitia o cenário contrário, se não estaríamos a ir contra a interpretação societária de cada um dos sexos, onde tudo aquilo que é diferente é rejeitado. Concretamente no campo dos

crimes sexuais, a mulher para beneficiar de protecção precisava de ser honesta, exigindo ainda a lei, que para obter uma maior moldura penal, fosse ainda virgem. Por outras palavras, a lei trazia para o domínio público características que deveriam permanecer no foro privado e que não deveriam influenciar a resposta do legislador.

O género é um dos componentes do patriarcado, sistema social que privilegia o domínio masculino nas diversas estruturas societárias. Por isso mesmo, apesar de existirem diversas correntes que tentam explicar a forma como estes dois conceitos se relacionam, a nosso ver, todas elas, acabam por encontrar pontos de contacto entre os dois, que culminam na subordinação da mulher. Quer seja através do controlo da sua sexualidade e do seu corpo, através da violência como forma de dominar, quer através do próprio capitalismo, nomeadamente no campo laboral, porque se entende que tal como existe uma relação de subordinação nesse campo, esta pode ser transposta para as relações de género. Acrescentando-se o trabalho doméstico que a mulher desempenha em casa, que enquanto não remunerado, contribui para a dependência da mulher.

No que respeita à violência de género no domínio sexual, enquanto existe quem sustente que a sexualidade é inerente à condição humana, concordamos com aqueles que interpretam a mesma como uma nova construção social, é a própria sociedade que interpreta determinados comportamentos como sexuais. Além de que não se pode negar que a sexualidade é uma componente do género, não se distinguindo onde começa um e termina o outro. Por isso mesmo, a mulher é objectificada e obrigada a ter uma acção positiva na sexualidade masculina, mas a prática social dita que esta deve rejeitar a sua própria sexualidade.

A vida militar é um dos meios que celebra o vigor físico e que culmina em práticas abusivas. Um pouco como foi exposto acerca do direito penal interno, na arena internacional os crimes sexuais continuam a ser desvalorizados relativamente aos restantes e uma forma de concretizar essa desvalorização passa pela sua previsão enquanto crimes de honra. Ao serem visto dessa forma, atribui-se aos mesmos uma dimensão colectiva, expondo, de igual forma, uma das características da sociedade patriarcal, que é a posse. Não se trata de uma infracção ao bem jurídico pessoal da vítima, mas de um dano provocado na honra do homem encarregue de proteger a honra da mulher, por isso mesmo, não existe uma previsão dos mesmos como crimes contra a liberdade ou a auto-

determinação sexual, uma vez que, no seio do conflito está vedada a possibilidade de a mulher ter algum tipo de escolha, formar uma vontade livre e esclarecida, quanto à prática de actos sexuais. Ademais, legislações como as Convenções de Genebra e a de Haia, que formam parte da base dos direitos humanos no seio do conflito, utilizam formas de punição implícita, exigindo que para se fundamentar uma acusação, deva-se mover uma expressão geral, como “tratamento cruel” ou “acto desumano”. Esta opção legislativa diminui a relevância deste tipo de agressões porque se considera que a gravidade do acto não exige uma previsão expressa e autónoma dos mesmos.

Uma das grandes dificuldades que cercam as guerras modernas passa não só pela falta de conhecimento e publicidade das atrocidades que ali são cometidas e pela falta de estruturas evidentes de comando e de controlo, aumentando o risco de actos individuais indiscriminados, o que resulta que não haja uma separação entre o campo de batalha e a zona civil. Não só o homicídio será um dos problemas que afectam as vítimas, o tipo de atrocidades e a sua escala foi evoluindo, e na época moderna os crimes sexuais têm vindo a ser praticados com maior frequência. Assim, apesar de os homens também serem vítimas ao nível sexual, existem actos de violência que são guiados por uma forte componente de género, fazendo jus ao estatuto societário onde a mulher surge subordinada ao homem. Persiste uma urgência em perceber que o direito das mulheres, enquanto concepção individual, apenas existe porque a sociedade não lhes atribui, ou pelo menos, não respeita os direitos humanos que também lhe assistem. O seu reconhecimento enquanto titulares de direitos humanos, irá permitir uma maior acção por parte dos governos internos e um fomento do trabalho elaborado pelos órgãos internacionais de defesa de direitos humanos, e conseqüentemente acabar com a cultura de impunidade e normalização deste tipo de actos.

Quanto ao crime de violação propriamente dito, apesar de tratar-se de um crime que é cometido com regularidade nos conflitos armados não foi previsto na lista das infracções graves das Convenções de Genebra (“Grave Breaches”,) enquanto crimes de guerra. Dado o carácter universal da lista que permite a responsabilidade penal dos seus infractores e enquanto núcleo fundamental do direito dos conflitos armados, trata-se de uma omissão incompreensível por parte do legislador. O Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente parecem ter seguido a primeira posição, abstando-se de fazer uma referência explícita aos crimes sexuais no seu Estatuto.

Nos seus processos, não existiu nenhuma condenação com base em violência sexual. O visado ilícito apenas começou a receber um tratamento diferencial, respeitando a sua gravidade, com os tribunais ad hoc, onde foi previsto como um crime contra a humanidade. Nos casos que seguiram essa interpretação salienta-se as conclusões que deixaram claro que casos isolados de violação sexual, desde que inseridos num ataque geral sistemático e generalizado, não necessitam de partilhar dessas características para serem penalizados.

Apesar de o crime de violação encontrar-se ausente da Convenção de Tortura, os tribunais ad hoc interpretaram determinados casos nesse sentido, deixando patente que o género e a etnia funcionaram como forma de perpetuar o estatuto de subordinação da mulher existente em tempo de paz. Podendo a violação causar dor ou sofrimento grave a nível físico e mental, de forma intencional, com o intuito de intimidar ou coagir a vítima ou terceiro e ainda contribuir para a destruição do seu grupo étnico, não se vislumbram casos onde estando reunidos estes requisitos possam afastar esta interpretação. Chegaram a tribunal vários casos onde as mulheres foram alvo de violação genocida não só baseada nos pressupostos identificados, mas especialmente por motivos discriminatórios, isto é, por serem mulheres.

A novidade surge no caso Kunarac, onde a categoria vítima foi preenchida pelo género neutro. Também os homens foram alvo de violência sexual, nomeadamente actos de sexo oral forçado e tortura sexual. Além disso, o TPIJ interpretou o acto como uma infracção grave das Convenções de Genebra, colocando pela primeira vez, a violência sexual, de forma expressa, nessa mesma lista. A seu par, foi enaltecido que actos de natureza sexual sem previsão autónoma, que firam gravemente a dignidade da vítima, bem como a sua integridade física e moral, devem ser punidos. É caso da exposição de uma vítima em estado de nudez perante agressores e potenciais agressores. Um novo avanço foi realizado quando o TPIJ acrescentou como um dos fins proibidos da tortura, a humilhação da vítima, movendo uma vez mais para a discussão, a relevância da dignidade humana. Ainda assim, apesar de terem indícios da existência de gravidez forçada nas duas jurisdições esta apenas surge como consequência da prática de outros crimes.

Na análise do crime de violação por parte dos tribunais ad hoc foi visível a ausência de uma definição internacional do ilícito. Por isso mesmo, Akayesu foi o primeiro caso a debruçar-se sobre a temática. Os elementos escolhidos tiveram em conta a realidade vivida

na região e optou-se por uma definição ampla, privilegiando uma abordagem conceptual, evitando-se uma lista predefinida de condutas que podem preencher o tipo objectivo. Esta solução permitiu que fossem considerados os cenários onde o acto é concretizado através da inserção de objectos nas partes íntimas, bem como, a penetração/ uso de orifícios corporais desconsiderados como intrinsecamente sexuais, celebrando-se o género neutro no que toca ao preenchimento do papel de vítima. Esta solução pretendia abranger um maior número de casos, tendo em conta as especificidades da guerra moderna, onde estão constantemente a ser descobertas novas formas de ferir os civis. Mas a grande conquista tratou-se do privilegiar da prova de uma possível existência de circunstâncias coercivas na altura em que a ofensa teve lugar em detrimento do elemento do não consentimento.

As decisões posteriores que abordaram a problemática regrediram porque optaram pela solução inversa de privilegiar o elemento do consentimento. Solução esta que contribui não só para uma nova vitimização da vítima aquando do interrogatório em julgamento como também não tem em conta que estando a sua prática rodeada de um ambiente coercivo, a formação da vontade da vítima é influenciada e passa a existir não o consentimento, mas sim a figura da mera concordância. Ora, se atentarmos a este elemento, e a esta base de influências, acreditamos que não existe uma verdadeira realização da justiça, porque podem ficar sem resposta aqueles casos em que não se conseguiu provar o não consentimento da vítima. Além disso, os restantes elementos mostraram-se restritos às mais tradicionais formas de concretizar o crime de violação. Numa era actual, o TPI, embora salvaguardando situações excepcionais, continua a depender demasiado do elemento do consentimento e regrediu no sentido de restringir as condutas que podem inserir-se no tipo objectivo comparativamente à definição avançada em Akayesu.

No que respeita ao crime de escravatura sexual, é premente investir-se na sua prática legislativa porque apenas existe uma previsão autónoma e uma abordagem aos seus elementos nos Estatutos de alguns Tribunais Penais Internacionais, continuando a mover-se para sustentar uma condenação, a categoria da escravatura tradicional, até mesmo para permitir uma distinção entre a escravatura sexual e o casamento forçado. Os dois ilícitos partilham de alguns elementos como a prática de actos sexuais forçados ou a exigência de execução de tarefas domésticas, bem como o tratamento da vítima enquanto propriedade pessoal do agressor, existe não só uma sobreposição entre os elementos que as distinguem,

mas especialmente a visualização do casamento forçado como um crime predominantemente sexual.

Apesar do que ocorreu no Camboja, onde homem e mulher foram obrigados a celebrar um contrato de casamento, os dois crimes continuam a ser guiados pela componente de género, o que significa, que a par do que tem vindo a ser exposto, as mulheres continuam a representar a maior parte das vítimas. Ora, isso significa que devemos recordar o que foi dito acerca da categoria género, que enquanto categoria socialmente construída, abrange todos os domínios da vida societária, isto é, vai além do campo da sexualidade. Este pressuposto deve ser transposto para o casamento forçado, que como crime multifacetado, abrange distintas condutas, como o rapto ou a escravatura remetendo para a obrigatoriedade da prática de tarefas domésticas. E é por essa mesma justificação, que o casamento forçado deve ser elevado a ilícito autónomo por direito próprio alvo de previsão igualmente autónoma, e capaz de captar todo o dano global que a vítima sofre. Por outras palavras, acreditamos que se reduzíssemos esta experiência a uma lente sexualizada e por isso, remetêssemos para uma nova categoria de escravatura sexual ou fragmentássemos todos os crimes que a vítima sofreu durante o matrimónio forçado, estaríamos a captar apenas parte do dano, especialmente aquele que provém da sua exteriorização enquanto acto de matrimónio e por isso, legítimo à superfície.

Quanto à responsabilidade de comando, deve começar por destacar-se o facto de não só os líderes militares poderem ser responsabilizados, como também os líderes civis, atentando-se uma vez mais, às necessidades dos conflitos modernos, onde a formalidade de uma nomeação é diversas vezes inexistente. Contudo, apesar de se compreender a opção do legislador pela capacidade material demonstrada com vista ao estabelecer de uma relação de superior-subordinado, existem casos em que a mesma é difícil de provar. Também aqui circunstâncias externas podem ter reflexos no cumprimento efectivo das ordens do superior por parte dos restantes soldados. Mas o elemento que maior dúvida levanta será o elemento subjectivo, pois, analisados casos dos vários tribunais internacionais, parece que o mesmo numa época contemporânea voltou a partilhar os pressupostos de uma época embrionária.

Enquanto os tribunais ad hoc apenas admitem que haja responsabilidade do superior hierárquico quando se prove a sua omissão em agir, de forma dolosa, o TPI seguiu os passos do Tribunal Internacional para o Extremo Oriente e admite que o mesmo possa ter

uma actuação negligente, porque é defendido que o superior deve procurar conhecer todas acções relevantes dos seus subordinados no seio bélico e se esse conhecimento não está na sua posse, este deve ser responsabilizado porque negligenciou a obtenção de mais informação. A nossa opinião divide-se neste ponto. Por um lado, esta opção moderna permite, à partida, obter um maior número de condenações, por outro, não tem em atenção as características da guerra moderna que fomos expondo em pontos anteriores e coloca em causa os direitos do acusado. Pode tornar-se uma tarefa árdua, conhecer todos os passos dos restantes soldados sob o seu comando, tornando este elemento subjectivo, demasiado extensivo em termos da categoria da culpa. Indo um pouco, ao encontro das críticas que se dirigem à JCE, que como figura criada para colmatar as insuficiências da doutrina tradicional de comando, expande as estruturas da imputação, de forma a conseguir uma condenação, é curioso, que apesar da sua opção pela figura da negligência, o TPI decidiu afastar a JCE do seu estatuto.

Ainda assim, deve enaltecer-se a diversidade de situações que permite abranger, especialmente a terceira categoria, que permite incluir situações que inicialmente não eram parte do objectivo comum dos seus membros. Concretamente quanto aos crimes sexuais, consente que estes possam ser punidos ora porque compunham esse desígnio comum, respeitando-se desta forma, a gravidade da violência sexual, ou então, em casos pontuais, quando a responsabilidade já não é possível, é atribuída à terceira categoria, que surge como a opção residual, uma forma, de obter algum tipo de justiça para as suas vítimas.

Bibliografia

ABRAMS, Jason S., BISCHOFF, James L., RATNER, Steven R. (2009) *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. 3ª edição. Nova Iorque (Estados Unidos): Oxford University Press

ALMEIDA, Francisco Ferreira (2009) *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora

AMBOS, Kai (2002) *Superior Responsibility in* CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, R.W.D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 1ª edição. Oxford: Oxford University Press

BARRETT, Michele (1986) *Women's oppression today problems in Marxism feminist analysis*. 5ª edição. Thetford, Norfolk: The Thetford Press Ltd

BASSIOUNI, Cherif (1999) *Crimes against Humanity in International Criminal Law*. 2ª edição. Haia: Kluwe Law International

BEAUVOIR, Simone (2015) *O Segundo Sexo*. MILLIET, Sérgio (trad.). 2º volume, 2ª edição. Lisboa, Quetzal Editores

BELEZA, Maria Teresa Couceiro Pizarro (1990) *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra (Tese de Doutoramento)* Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa

BRANDEIS, Louis. Brandeis Brief. Brandeis School of Law. 2ª parte <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety> (29 de Março de 2018)

CALAME, Mireille; OLIVEIRA, Rosiska Darcy (1976) *A libertação da mulher*. FORJAZ, Maria Graça (Trad.). 1ª edição. Lisboa: IDAC/Sá da Costa Editora

CASSESE, Antonio (2008) *International Criminal Law*. 2ª edição. Oxford; Nova Iorque: Oxford University Press

COPELON, Rhonda (1995) Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War in PETERS, Julie; WOLPER, Andrea, Women's Rights, Human rights: international feminist perspectives. 1ª edição. Nova Iorque: Routledge

COSTA, Joana (2014) Joint Criminal Enterprise- O problema da imputação individual do facto colectivo na jurisprudência dos Tribunais Penal Internacional. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora

COTTIER, M. (1999) Article 8 in TRIFFTERER, Otto, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. 1ª edição. Baden-Baden: Nomos

DAMROSCH, Lori Fisler (1998) Genocide and Ethnic Conflict in WIPPMAN, David, International Law and Ethnic Conflict. 1ª edição. Ithaca: Nova Iorque: Cornell University Press

DAHL, Tove Stang (1993) O direito das mulheres uma introdução à teoria do direito feminista. 1ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian

Dicionário de Língua Portuguesa (2004) Porto: Porto Editora

DOSWALD-BECK, L.; HENCKAERTS, J.M. (2005) Customary International Humanitarian Law. Volume 1, 1ª edição. Cambridge: Cambridge University Press

ERIKSSON, Maria, 2010, Defining rape emerging obligations for states under international law? Örebro: Örebro University <http://oru.diva-portal.org/smash/get/diva2:317541/FULLTEXT02.pdf> (10 de Março de 2018)

FENRICK, William J (1999) Article 28-Responsibility of Commanders and other Superiors in TRIFFTERER, Otto. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. 1ª edição. Baden-Baden: Nomos

FIRESTONE, Shulamith (1976) A dialética do sexo. D'AZEVEDO, Pedro Lopes (Trad.) 1ª edição. Lisboa: Editora Meridiano

GARAUDY, Roger (1981) Para a libertação da mulher. PALMEIRIM, Manuel J. (trad.) 1ª edição. Lisboa: Publicações Dom Quixote

GUÈYE, Ndèye Sokhna (2013) Pratiques d'esclavage et d'asservissement des femmes en Afrique, Les cas du Sénégal et de la République Démocratique du Congo. Capítulo 1.

Dakar: Codesrio, p. 6. <http://www.codesria.org/spip.php?article1761&lang=fr> (12 de Junho de 2018)

GÓMEZ, Isa Felipe (2003) The Optional Protocol for the Convention on the elimination of all forms of discrimination against women: strengthening the protection mechanisms of Women's Human Rights. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 20, nº2

JAGGAR, Alison (1983) *Feminist Politics and Human Nature*. 1ª edição. Sussex: The Harvester Press Limited

JONES, John R.W.D. (1998) *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. 1ª edição. Nova Iorque: Transnational Publishers

LAEL, Richard L. (1982) *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*. 1ª edição. Wilmington: Scholarly Resources, p. 86

LUNA, Ricardo Rodríguez (2009) *Marginación y Sexismo: la exclusión del Movimiento Feminista en las Teorías de los Movimientos Sociales* in NICOLÁS, Gemma Nicolás; BODELÓN, Género y dominación críticas feministas del derecho y el poder. 1ª edição. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial

MACKINNON, Catharine (1995) *Only Words*. 1ª edição. Londres: Harper Collins Publishers

MAFFEI, Maria Clara (2002) *Prostituzione Forzata e Diritto Internazionale: Il caso delle «Donne di Conforto»*. 1ª edição. Milão: La Giuffrè Editore

MELONI, Chantal (2010) *Command Responsibility in International Criminal Law*. 1ª edição. Haia: T.M.C. Asser Press

MILLETT, Kate. (1974) *Política Sexual*. CONCEIÇÃO, Gisela, SAMPAIO, Alice, TORRES, Manuela (trad.) 1ª edição. Lisboa: Publicações Dom Quixote

PATEMAN, Carole (1995) *El contrato sexual*. FEMENÍAS, Mª Luisa (trad.) 1ª edição. Barcelona: Editorial Anthropos

PELLET, A. (2002) *Applicable Law in CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John. R. W. D. The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary. Vol. II, 1ª edição. Oxford: Oxford University Press*

PICTET, Jean S. (1952) *Comentário à I Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos trabalhadores e doentes nas forças armadas no campo de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha*

PICTET, Jean S. (1958) *Comentário à IV Convenção de Genebra relativa à protecção de civis em tempo de guerra de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha*

REEL, A. Frank (1949) *The case of General Yamashita. 1ª edição. Chicago: University of Chicago Press*

RODLEY, Nigel S. (2000) *The Treatment of Prisoners under International Law. 2ª edição. Nova Iorque (Estados Unidos): Oxford University Press*

SANDOZ, Yves, SWINARSKI, Christophe, ZIMMERMANN, Bruno (1987) *Comentário ao Protocolo Adicional de 8 de junho de 1977 das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949. Genebra: Comité Internacional da Cruz Vermelha*

SANTOS, Maria Helena (2015) *Da origem do Feminismo ao Feminismo Plural, do Mundo a Portugal in DINIZ, Debora, DIOGO, Rosália, GOMES, Patrícia, SANTOS, Maria Helena. O que é Feminismo? 1ª edição. Lisboa: Escolar Editora*

SCHABAS, William A. (2004) *An Introduction to the International Criminal Court. 2ª edição, Nova Iorque (Estados Unidos): Cambridge University Press*

SEIFERT, Ruth (1994) *War and Rape: A preliminary analysis in STIGLMAYER, Alexandra. Mass rape: the war against women in Bosnia-Herzegovina. 1ª edição. Londres: University of Nebraska Press*

TAYLOR, Telford (1992) *The Anatomy of the Nuremberg Trials. 1ª edição. Boston: Back Bay Books*

WOLLSTONECRAFT, Mary, (2017) A vindication of the rights of woman, p.4. <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/wollstonecraft1792.pdf> (15 de Março de 2018)

ZORRILA, Maider (2005) La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, nº 34

Artigos

AMBOS, Kai (2007) Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. Journal of International Criminal Justice. Vol. 5 nº 1

AMBOS, Kai (2009) Amicus Curiae Brief in the Matter of the Co-Prosecutors' Appeal of the Closing Order Against Kaing Guek Eav “Duch” Dated 8 August 2008. Criminal Law Forum. Vol. 20

AMBOS, Kai (2012) El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas. Revista para el Análisis del Derecho, nº3

ANTHONY, Clay (2017) In the Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo: Cementing Sexual Violence and Command Responsibility within International Criminal Law. Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 25

ARGIBAY, Carmen M. (2003) Sexual Slavery and the Comfort Women of World War II. Berkeley Journal of International Law, Vol. 21 nº2

ASKIN, Kelly (2003) Prosecuting Wartime Rape and Other Gender Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles. Berkeley Journal of International Law. Vol. 21, nº2

ASKIN, Kelly (2005) Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR Positive Developments. Journal of International Criminal Justice, Vol. 3, nº4

ASKIN, Kelly (2006) Holding Leaders Accountable in the International Criminal Court (ICC) for Gender Crimes Committed in Darfur. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*. Vol. 1 n°1

AYDELOTT, Denise (1993) Mass rape during war: prosecuting rapists under International Law. *Emory International Law Review*. Vol. 7 n°2

BAAZ, Maria Eriksson, STERN, Maria (2010) The Complexity of Violence: A critical analysis of sexual violence in the Democratic Republic of Congo (DRC). Working Paper on Gender Based Violence. The Nordic Africa Institute

BANKS, Angela, M. (2005) Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes. *Women's Initiatives for Gender Justice*

BEDONT, Barbara, MARTINEZ, Katherine Hall (1999) Ending Impunity for Gender Crimes Under the International Criminal Court. *Brown Journal of World Affairs*, vol. 6 n°1

BÉLAIR, Karine (2006) Unearthing the Customary Law Foundations of "Forced Marriages" During Sierra Leone's Civil War: The Possible Impact of International Criminal Law on Customary Marriage and Women's Rights in Post-Conflict Sierra Leone. *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 15 n°3

BOON, K. (2001) Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy, and Consent. *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 32 n°3

BROWN-RUSSELL L. Sherrie (2003) Rape as an Act of Genocide. *Berkeley Journal of International Law*, volume 21, n°2

CAEIRO, Pedro (2002) Claros e escuros de um auto-retrato: breve anotação à jurisprudência dos Tribunais para a antiga Jugoslávia e para o Ruanda sobre a própria legitimação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12 n°1

CAEIRO, Pedro (2002) Tribunais Penais Internacionais: 'etapas de um caminho' ou 'astros em constelação'? (Uma visão político-jurídica do Estatuto de Roma) *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 10 n° 37

- CAMPANARO, Jocelyn (2000) Women, War, and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes. *The Georgetown Law Journal*, vol. 89 n°8
- CARLSON, Khristopher, MAZURANA, Dyan (2008) Forced Marriage within the Lord's Resistance Army, Uganda. *Feinstein International Center*
- CHING, Ann B. (1999) Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 25 n°1
- CHRISTENSEN, Cameron (2015) Forced Marriage at the Cambodian Crossroads: ECCC Can Develop a New Crime Against Humanity. *Brigham Young University Law Review*, vol. 6
- COLE, Alison (2008) Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape Under International Law. *International Criminal Law Review*, Vol. 8
- DANNER, Allison Marston, MARTINEZ, Jenny S. (2005) Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*. Vol. 93
- FIDALGO, Sónia (2007) Os Crimes Sexuais no Direito Internacional Penal. *Boletim da Faculdade Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 83
- FISHER, Siobhán K. (1996) Occupation of the Womb: Forced Impregnation as Genocide. *Duke Law Journal*, vol. 46 n°1
- FRANCH, Valentín Bou (2015) El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los «matrimonios forzados». *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31
- FRANKE, Katherine M. (1998) Putting Sex to Work. *Denver University Law Review*, Vol. 75, n° 4
- FRULLI, Micaela (2008) Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a 'New' Crime against Humanity. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, n°5
- GARDAM, Judith (1993) Gender and Non-Combatant Immunity. *Transnational Law and Contemporary Problems*. Vol. 3 n°2

- GEKKER, Elena (2014) Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence. *Hastings Women's Law Journal*, vol. 25
- GREEN, Leslie Claude (1995) Command Responsibility in International Humanitarian Law. *Transnational Law and Contemporary Problems*. Vol. 5
- GONG-GERSHOWITZ, Jennifer (2009) Forced Marriage: A "New" Crime Against Humanity? *Northwestern Journal of International Human Right*, vol. 8
- HAFFAJEE, Rebecca L. (2006) Prosecuting Crimes of Rape and Sexual Violence at the ICTR: the Application of Joint Criminal Enterprise Theory. *Harvard Journal of Law & Gender*, vol. 29
- HANSEN-YOUNG, Thekla (2005) Defining Rape: A Means to Achieve Justice in the Special Court for Sierra Leone. *Chicago Journal of International Law*. Vol. 6 n°1
- HAPPOLD, M. (2007) Prosecutor v. Thomas Lubanga, Decision of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n°3
- HEALEY, Sharon A. (1995) Prosecuting Rape under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 21, n° 2
- HOWARTH, Kathryn (2008) The Special Court for Sierra Leone – Fair Trials and Justice for the Accused and Victims. *International Criminal Law Review*, Vol. 8 n°3
- KALAJDZIC, Jasminka (1995-1996) Rape, Representation and Rights: Permeating International Law with the Voices of Women. *Queen's Law Journal*, Vol. 21
- KALOSIEH, Adrienne (2003) Consent to Genocide? The ICTY's Improper Use of the Consent Paradigm to Prosecute Genocidal Rape in Foca. *Women's Rights Law Reporter*, vol. 24
- KORTFALT, Linnea (2015) Sexual Violence and the Relevance of the Doctrine of Superior Responsibility in the Light of the Katanga Judgment at the International Criminal Court. *Nordic Journal of International Law*. Vol. 84, n°4

- KURTH, Michael E. (2013) The Lubanga Case of the International Criminal Court: A Critical Analysis of the Trial Chamber's Findings on Issues of Active Use, Age, and Gravity. *Goettingen Journal of International Law*, vol. 5 n° 2
- JAIN, Neha (2008) Forced Marriage as a Crime Against Humanity: Problems of Definition and Prosecution. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6
- LAVIOLETTE, Nicole (1998) Commanding Rape: Sexual Violence, Command Responsibility, and the Prosecution of Superiors by the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. *Canadian Yearbook of International Law*. Vol. 36
- LAWRENCE, G. Albrecht (2005) International Legal Developments in review: 2004. *The International Lawyer*, Vol. 39, n°2
- LEITE, Inês Ferreira (2010) A Tutela Penal da Liberdade Sexual. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa
- LOBATO, María (2016) Forced Pregnancy during the Khmer Rouge Regime: Acknowledging Forced Pregnancy as a distinct crime in the ECCC proceedings. Phnom Penh: Cambodian Human Rights Action Coalition
- LUPING, Diane (2009) Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 17 n°2
- International Review of the Red Cross, Março- Abril de 1993, n° 293
- MACKINNON, Catharine (1993) Crimes of War, Crimes of Peace. *UCLA Women's Law Journal*, Vol. 4 n° 1
- MACKINNON, Catharine (1994) Rape, Genocide and Women's Human Rights. *Harvard Womens's Law Journal*, Vol. 17
- MACKINNON, Catharine (2008) ICTR's Legacy on Sexual Violence: The recognition of rape as an act of Genocide – Prosecutor v. Akayesu. *New England Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, n°2

MARTÍN, Ana Gemma López (2013) Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional sobre Reparación a las Víctimas: Caso The Prosecutor C. Thomas Lubanga Dyilo, 7 de Agosto de 2012. *Revista Espanhola de Direito Internacional*, vol. 65 n°2

MATTLER, Suzanne, SCHARF, Michael (2005) Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity. Working Paper 05-35. Case Research Paper Series in Legal Studies.

MERCHAN, Sylke, WING, Adrien Katherine (1993) Rape, Ethnicity and Culture: spirit injury from Bosnia to black America. *Columbia Human Rights*, Vol. 25 n°1

MERON, Theodor (1993) Rape as a Crime under International Humanitarian Law *American Journal of International Law*, Vol. 87 n°3

MERON, Theodor (1993) The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia. *Foreign Affairs*, vol. 72, n°3

METTRAUX, Guénaél (2010) The Law of Command Responsibility. *European Journal of International Law*. Vol. 21, n° 2

MEYER, Scott James (2011) Responsibility for an Omission Article 28 of the ICC Statute on Command Responsibility. *Miskolc Journal of International Law*. Vol. 8, n°2

MOLOTO, Bakone Justice (2009) Command Responsibility in International Criminal Tribunal. *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 3 n°12

NGUYEN, Frances (2014) Untangling Sex, Marriage, and Other Criminalities in Forced Marriage. *Goettingen Journal of International Law*. Vol 6 n°1

NOWROJEE, Binaifer (2005) Making the Invisible War Crime Visible: Post-Conflict Justice for Sierra Leone's Rape Victims. *Harvard Human Rights Law Journal*, vol. 18

OHLIN, Jens David (2007) Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5 n°1

OLSON, Laura M., SASSBLI, Marco (2000) The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic case - New horizons for International humanitarian and criminal law. *International Review of the Red Cross*. Vol. 82, n° 839

- OOSTERVELD, Valerie (2004) Sexual Slavery and the International Criminal Court: Advancing International Law. Michigan Journal of International Law, Vol. 25 n°3
- OOSTERVELD, Valerie (2011) Forced Marriage and the Special Court for Sierra Leone: Legal Advances and Conceptual Difficulties. International Humanitarian Legal Studies, vol. 2 n°1
- OOSTERVELD, Valerie (2011) The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments. Cornell International Law Journal, vol. 44, n°1
- O'REILLY, Arthur Thomas (2004) Command Responsibility: A Call to Realign Doctrine with Principles. American University International Law Review, Vol. 20 n°1
- PALMER, Amy (2009) An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of “Forced Marriage”. Northwestern Journal of International Human Rights, Vol. 7 n°1
- PAPACONSTANTINO, Maria (1998) Rape as a crime under international humanitarian law. Revue Hellénique de Droit International, vol. 51 n°2
- PARKS, Major William H. (1973) Command Responsibility for War Crimes. Military Law Review, vol. 62
- PETERSON, Ines, SCHOMBURG, Wolfgang (2007) Genuine consent to sexual violence under International Criminal Law. American Journal of International Law, vol. 101 n°1
- PINHEIRO, Luana Simões (2016) Os dilemas da construção do sujeito no Feminismo da pós-modernidade. ipea (instituto de pesquisa económica aplicada) http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6864/1/TD_2210.pdf (9 de Março de 2018)
- RICH, Adrienne (1993) Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence. VALLE, Carlos Guilherme (trad.) Revista Bagoas -estudos gays: géneros e sexualidades, vol. 4, n°5 <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2309> (23 de março de 2018)
- SCHANCK, Beth Van (2009) Atrocity Crimes Litigation: 2008 Year-In-Review. Northwestern Journal of International Human Rights, vol.7 n°2

SELLERS, Patricia Viseurs (2007) The Prosecution of Sexual Violence in conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper Prosecution of Sexual Violence.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf) (15 de Maio de 2018)

SELLERS, Patricia Viseur (2011) Wartime Female Slavery: Enslavement? Cornell International Law Journal, vol. 44 n°1

SCOTT, Joan (1986) Gender: A useful category of historical analysis. American Historical Review, vol. 91 n°5

SHEPPARD, Daniel (2010) The International Criminal Court and “Internationally Recognized Human Rights”: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute. International Criminal Law Review, vol. 10

TOY-CRONIN, Bridgette (2010) What is Forced Marriage? Towards a Definition of Forced Marriage as a Crime against Humanity. Columbia Journal of Gender and Law, vol. 19 n°2

WALD, Alexandra (1997) What's Rightfully Ours: Toward a Property Theory of Rape. Columbia Journal of Law and Social Problems, Vol. 30

WEINER, Phillip (2013) The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law. Boston College Law Review, Vol. 24, n° 3

WHARTON, Sara (2011) The Evolution of International Criminal Law: Prosecuting 'New' Crimes before the Special Court for Sierra Leone. International Criminal Law Review, Vol.11 n°2

WOOD, Elisabeth (2006) Variation in Sexual Violence during War. POLITICS & SOCIETY, Vol. 34 n° 3

Jurisprudência

Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

Dissenting Opinion by Frank Murphy, United States of America v. Tomoyuki Yamashita, Public Trial, Volume XXXIII, 5 de Dezembro de 1945

Law Reports of Trials of War Crimes, The United Nations War Crimes Commission, Volume IV, 1948

Law Reports of Trials of War Crimes, The United Nations War Crimes Commission, Volume XII, 1948

Transcrição do Julgamento Oral proferido a 4 de dezembro de 2000 pelos juízes do Tribunal Internacional de Crimes de Guerra das Mulheres sobre a Escravatura Sexual Militar do Japão

Julgamento Wilhelm Keitel no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judkeite.asp> (13 de Maio de 2018)

Julgamento de Alfred Rosenberg no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judrosen.asp> (13 de Maio de 2018)

Julgamento de Hans Frank no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judfrank.asp> (13 de Maio de 2018)

Julgamento de Wilhelm Frick no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. <http://avalon.law.yale.edu/imt/judfrick.asp> (13 de Maio de 2018)

Julgamento de Konstantin von Neurath no Tribunal Militar Internacional de Nuremberga.
The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy.
<http://avalon.law.yale.edu/imt/judneur.asp> (13 de Maio de 2018)

United States of America v. Tomoyuki Yamashita, Public Trial, Volume XXXIII, 5 de
Dezembro de 1945

Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-I, Amended Indictment, 17 de
Junho de 1997

Prosecutor v. Jean- Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Judgement, 2 de Setembro
de 1998

Prosecutor v. Omar Serushago, Case no: ICTR-98-39-S, Trial Judgement, 5 de Fevereiro
de 1999

Prosecutor v. Clément Kayishema, Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1, Trial
Judgement, 21 de Maio de 1999

Procurador v. Musema, Caso No. ICTR-96-13-T, Trial Judgement, 27 de janeiro de 2000

Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Trial Judgement, 7 de Junho
de 2001

Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-JA-A, Appeal Judgement, 3 de Julho
de 2002

Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, Trial Judgement, 15 de Maio de
2003

Prosecutor v. Gacumbtsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Trial Judgement, 17 de Junho de
2004

Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Cases Nos. ICTR-96-
10-A/ICTR-96-17-A, Appeal Judgement, 13 de Dezembro de 2004

Prosecutor v. Juvenal Kajelijeli, Case No. ICTR-98-44A-A, Appeal Judgement, 23 de Maio de 2005

Prosecutor v. Paul Bisengimana, Case No. ICTR-00-60-T, Trial Judgement, 13 de Abril de 2006

Prosecutor v. Gacumbtsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Appeal Judgement, 7 de Julho de 2006

Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Élie Ndayambaje, Joseph Kanyabashi, Case No. ICTR-98-42-T, Trial Judgement, 24 de Junho de 2011

Prosecutor v. Édouard Karemera et al., Case No. ICTR-98-44-T, Trial Judgment, 2 Fevereiro 2012

Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Élie Ndayambaje, Joseph Kanyabashi, Case No. ICTR-98-42-A, Appeal Judgement, 14 Dezembro de 2015

Tribunal Especial para Serra Leoa

Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu, Trial Chamber Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment, Case No. SCSL-2004-16-PT, 6 de Maio de 2004

Prosecutor v. Brima et al, SCSL-04-16-T, Separate Concurring Opinion of the Hon. Justice Julia Sebutinde on the Trial Chamber's Decision on Defence Motions for Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 98, 31 Março de 2006

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Prosecution Final Trial Brief, 6 de Dezembro de 2006

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Trial Judgement, 20 de Junho de 2007

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-T, Partly Dissenting Opinion of Justice Doherty on Count 7 (Sexual Slavery) and Count 8 (Forced Marriage), 20 de Junho de 2007

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, SCSL-04-16-A, Appeal Judgement, 22 de Fevereiro de 2008

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, Case No. SCSL-04-15-T, Trial Judgement, 2 de Março de 2009

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, SCSL-03-01-T, Trial Judgement, 18 de Maio de 2012

Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case No. IT-96-21, Indictment, 19 de Março de 1996

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Case No.: IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 de Novembro de 1998

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No.: IT-95-17/1-T, Trial judgement, 10 de Dezembro de 1998

Prosecutor v. Duško Tadić, Case No.: IT-94-1-A, Appeal Judgement, 15 de Julho de 1999

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Case No.: IT-96-23-PT, Amended Indictment, 8 de Novembro de 1999

Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Vladimir Šantić, Case No: IT-95-16-T, Trail Judgement, 14 de Janeiro de 2000

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-T, Trial Judgement, 3 de Março de 2000

Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Appeal Judgement, 21 de Julho de 2000

Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzo, Case No.: IT-96-21-A, Appeal Judgement, 20 de Fevereiro de 2001

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case. No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Trial Judgment, 22 de Fevereiro de 2001

Prosecutor v. Naser Orić, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006, para. 312. Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 26 de Fevereiro de 2001

Prosecutor v. Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-T, Trial Judgement, 2 de Agosto de 2001

Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milošica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac, Case No. IT-98-30/1-T, Trial Judgement, 2 de Novembro de 2001

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic, Case. No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Appeal judgement, 12 de Junho de 2002

Prosecutor v Naletilić (Mladen) AKA Tuta and Martinović (Vinko) AKA Štela, Case No. IT-98-34-T, 31 de Março de 2003

Prosecutor v. Dragan Nikolić, Case No. IT-94-2-S, Trial Judgement, 18 de Dezembro de 2003

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No.: IT-95-14-A, Appeal Judgement, 29 de Julho de 2004

Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Case No.: IT-98-32-A, Appeal Judgement, 25 de Fevereiro de 2005

Prosecutor v. Miroslav Kvočka Caso No. et al., Case. No. IT-98-30/1-A, Appeal Judgment, 28 Fevereiro 2005

Prosecutor v. Sefer Halilović, Case No. IT-01-48-T, Trial Judgement, 16 de Novembro de 2005

Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura, Case No. IT-01-47-T, 15 de Março de 2006

Prosecutor v. Milomir Stakić, Case No: IT-97-24-A, Appeal Judgement, 22 de Março de 2006

Prosecutor v. Naser Orić, Case No. IT-03-68-T, Trial Judgement, 30 de Junho de 2006

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-T, Trial Judgement, 27 de Setembro de 2006

Prosecutor v. Momčilo Krajišnik, Case No. IT-00-39-A, Appeal Judgment, 17 Março 2009

Prosecutor v. Vujadin Popović, Ljubiša Beara, Drago Nikolić, Ljubomir Borovčanin, Radivoje Miletić, Milan Gvero, Vinko Pandurević, Case No. IT-05-88-T, Trial Judgement, 10 de Junho de 2010

Tribunal Penal Internacional

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008, Case N. ICC-01704-01/06, Trial judgement, 13 de Junho de 2008

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, case. No.: ICC-01/05-01/08, Pré- Trial Judgement, 15 de Junho de 2009

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Redacted Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time Limit to Disclose the Identity of Intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU, Case N. ICC-01/04-01/06, Trial Judgement, 8 de Julho de 2010

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, Case N. ICC-01/04-01/06, Trial Judgement, 10 de Julho de 2012

Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, Prosecutor v. Lubanga, Case N. ICC-01/04-01/06, Trial Judgment, 10 de Julho de 2012

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Case. No.: ICC-01/05-01/08, Trial Judgement, 21 de Março de 2016

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso Van Der Musselle v Belgium, 23 de Novembro de 2003

Nações Unidas e Conselho da Europa: Relatórios e Resoluções

COOMARASWAMY, Radhika. Relatório do Relator Especial sobre violência contra a mulher, suas causas e consequências. E/CN.4/1996/53/Add.1. 4 de Janeiro de 1996

In-Depth Study on all Forms of Violence against Women, Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas, UN Doc. A/61/122/Add.1, 6 Julho 2006

MCDOUGALL, Gay. Formas Contemporâneas de Escravatura: Violação Sistemática, Escravatura Sexual e Práticas Semelhantes à Escravatura Durante Conflitos Armados. Relatório Final submetido à Comissão de Direitos Humanos, Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 Junho de 1998

Relatório Final da Comissão de Peritos estabelecidos em conformidade com a Resolução 780 do Conselho de Segurança, UN. Doc. S/1994/674, 1992

Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas acerca do parágrafo 2º da Resolução 808 do Conselho de Segurança, U.N. Doc. S/25704, 3 de Maio de 1993

Relatório Final da Comissão de Peritos estabelecida de acordo com a Resolução 580 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, UN. doc. 1994/674/1994, 27 de Maio de 1994

Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, Un. Doc. A/CONF.177/20, 17 de Outubro de 1995

Relatório do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a proteção dos civis nos conflitos armados, UN Doc. S/2005/740, 28 de Novembro de 2005

Resolução 1820 do Conselho de Segurança, UN. Doc. S/RES/1820, 19 de Junho de 2008

Sexual Violence against Women in Armed Conflict. Resolução 1670 do Conselho da Europa, 29 de Maio de 2009

Instrumentos de Direito/ Miscelâneas

Acordo para a Acusação e Punição dos Principais Criminosos de Guerra do Eixo Europeu e Carta do Tribunal Militar Internacional, 82 U.N.T.S. 280, 8 de Agosto de 1945

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres
Civil Rights Act de 1968

Convenção sobre o Genocídio, Status das Ratificações, Reservas e Declarações, 9 de Dezembro de 1948

Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

Declaração de Independência dos Estados Unidos

Declaração de Seneca Falls

Elementos do Crime do Estatuto de Roma. <https://www.icc-cpi.int/NR/ronlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (9 de Março de 2018)

Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

Grã-Bretanha, War Office, “A Lei da Guerra na Terra”, Manual do Direito Militar, parte III, 1958

Intimate partner violence and HIV/AIDS. World Health Organization, Information Bulletin Series, nº1, 2012

Manual (“Comunicação Inclusiva”) elaborado pelo Secretariado-Geral do Conselho da União Europeia acerca da neutralidade de género na linguagem. http://www.consilium.europa.eu/media/35437/pt_brochure-inclusive-communication-in-the-gsc.pdf (12 de Junho de 2018)

Ordens Gerais nº20, de 1847 do General Winfield Scott
<https://archive.org/details/headquartersofar00scot>

Ordens Gerais No. 100: O Código Lieber- Instruções para o Governo dos exércitos dos Estados Unidos em campo, 24 de Abril de 1863, art. 44°. The Avalon Project – Documents in Law, History, and Diplomacy. http://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#art44 (9 de Março de 2018)

Projecto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade Comentado. Comissão de Direito Internacional, 1996

Registros oficiais da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados, (CCDH/1/SR.71), volume IX

Regras de Procedimento e Prova do TPIR. U.N. Doc. ITR/3/REV.1. 29 de Junho de 1995

Regras de Procedimento e de Prova do TPI. <https://www.legal-tools.org/en/doc/8bcf6f/> (9 de Março de 2018)

Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, Witness to Truth: Report of the Truth and Reconciliation Commission”, Vol. 3, Chapter 3b (2004)

Vidas Despedaçadas: Violência Sexual durante o Genocídio de Ruanda e suas consequências. 1ª edição. Nova Iorque: Human Rights Watch. 1996

Tratado de Amizade e Comércio entre Sua Majestade o Rei da Prússia e os Estados Unidos da América, art 23. http://avalon.law.yale.edu/18th_century/prus1785.asp

We'll Kill you if you Cry: Sexual Violence in the Sierra Leone Conflict. Human Rights Watch. Vol. 15, No. 1 (A), Janeiro de 2003,

II Convenção a respeito das leis e costumes da guerra em terra e seus anexos de 29 de Julho de 1899 (II Convenção de Haia)

IV Convenção a respeito das leis e costumes da guerra em terra e seus anexos de 19 de Outubro de 1907 (IV Convenção de Haia)

I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Protecção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, 8 de junho de 1977

II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Protecção de Vítimas de Conflitos Armados Não-Internacionais, 8 de junho de 1977

III Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 12 de Agosto de 1949

IV Convenção de Genebra Relativa à Protecção dos Civis em Tempo de Guerra de 12 de Agosto de 1949

Páginas da Internet

COUTO, Anabela (2005) A mulher nos provérbios e ditados populares. Jornalismo Porto Net. <https://jpn.up.pt/2005/04/26/a-mulher-nos-proverbios-e-ditados-populares/> (15 de Março de 2018)

LANDESMAN, Peter. A Woman's Work. The N.Y. Times Magazine, 15 de Setembro de 2002. <https://www.nytimes.com/2002/09/15/magazine/a-woman-s-work.html> (13 de Abril de 2018)

O Portal do folclore Português. <http://www.folclore-online.com/proverbios/mulheres.html#.WMIbyNSLTDC> (15 de Março de 2018)