

Introdução

Os atos de violência sexual, especialmente a violação, têm sido uma característica dos conflitos armados durante toda a história. Ainda nos dias atuais, a incidência de violações em períodos de guerra é tal que o Major-General Patrick Cammaert, ex-Comandante das Operações de Paz da ONU na República Democrática do Congo (RDC), declarou em 2008: "hoje é mais perigoso ser mulher do que ser um soldado em um conflito moderno"¹. Muitas vezes, a violência sexual em tempo de guerra não é apenas um subproduto desta, mas uma política planejada e direcionada pelas partes no conflito. Nesses casos, considera-se a violência como uma verdadeira "arma de guerra"², fazendo com que os abusos sexuais sejam difundidos e orquestrados de forma sistemática e massiva. A impunidade de cometer abusos sexuais sem medo de conseqüências foi por muito tempo considerada um dos despojos da guerra.

Apesar da ocorrência de crimes sexuais ao longo dos séculos, a tutela desses crimes no âmbito do Direito Internacional Penal é relativamente recente. Nesse sentido, apesar da importância dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio para o julgamento internacional de criminosos de guerra, a previsão de violação como crime de guerra foi adotada em grande medida apenas no início da década de 1990, após os conflitos na Bósnia-Herzegovina e em Ruanda, quando as atrocidades generalizadas fomentaram a criação do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia (TPIY) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Os Estatutos e a jurisprudência desses Tribunais *ad hoc* exerceram um papel fundamental na prossecução e julgamento dos crimes sexuais, sobretudo no tocante ao reconhecimento da violência sexual durante conflitos armados como *crimes under international law*, o que serviu de fundamento às disposições do Estatuto de Roma sobre este tema.

Este trabalho tem por objetivo analisar a evolução do tratamento conferido pelo Direito Internacional Penal aos crimes de natureza sexual, em especial à violação, o mais comum deles. Dito de outro modo, o caminho que foi percorrido pela comunidade internacional para

¹ Estima-se que entre 25 e 50 mil mulheres e meninas bósnias foram violadas na guerra da Bósnia de 1991 a 1995. Entre 250.000 e meio milhão violadas durante o Genocídio em Ruanda. No Massacre de Nankin de 1937, durante a Segunda Guerra Sino-Japonesa, entre 20.000 e 80.000 mulheres e meninas foram violadas. Um estudo de 2011 conduzido por acadêmicos da Harvard School of Public Health estimou que 48 estupros ocorreram a cada hora na RDC, isso se traduz em 1.152 mulheres estupradas todos os dias. Cf. FISKE, Lucy; SHACKEL, Rita. *Ending Rape in War: How Far Have We Come?*. *Cosmopolitan Civil Societies*, Vol. 6, No. 3, 2014; Sydney Law School Research Paper No. 15/21, p. 123.

² Para maiores desenvolvimentos sobre a atuação analítica, epistemológica e ontológica que a "violação como arma de guerra" assume no direito internacional, vide BUSS, Doris. *Rethinking 'Rape as a Weapon of War'*. *Feminist Legal Studies* (2009) 17. p. 145 e ss.

considerar a violência sexual não mais um “efeito colateral” da guerra, mas um crime internacional, que, a depender das circunstâncias e do preenchimento de certos requisitos, pode configurar-se como uma hipótese do crime de genocídio, crime de guerra, ou crime contra a humanidade.

Para isso, a primeira parte do trabalho consiste em analisar a evolução histórica dos crimes sexuais no ordenamento jurídico internacional penal, desde a sua gênese nos primeiros documentos do moderno direito de guerra, passando pelas Convenções de Haia e pelos Tribunais Militares pós-Segunda Guerra, até chegar aos Tribunais Penais *ad hoc* para Antiga Iugoslávia e Ruanda, considerando, neste ponto, os desenvolvimentos substantivos e procedimentais que esses Tribunais trouxeram ao atual ordenamento jurídico internacional penal, consubstanciado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A segunda parte é dedicada à análise pormenorizada do Estatuto de Roma no tocante aos crimes sexuais, particularmente o crime de violação. Por fim, analisar-se-á o caso *Jean Pierre Bemba Gombo*, julgado em 21 de março de 2016 pelo Tribunal Penal Internacional, primeiro caso em que o TPI emitiu uma sentença condenatória pelo cometimento de crimes de natureza sexual. Enquanto o julgamento desse caso se baseia no trabalho de outros tribunais, notadamente o TPIY e TPIR, certos aspectos são, no entanto, distintos e emblemáticos, refletindo a perspectiva particular trazida pelo Estatuto de Roma e trazendo contribuições à abordagem e discussão desses crimes no âmbito internacional.

1. Crimes Sexuais no Direito Internacional Penal – Evolução Histórica

1.1. Código Lieber e Convenções de Haia

O primeiro documento que proibiu, de forma expressa, a prática da violação em tempos de guerra foi o Código Lieber de 1863³. Este Código, por reconhecer o “caráter sagrado das relações domésticas”, estabelece a pena de morte para os perpetradores da violação e ainda confere ao superior o direito de matar o agente de tais atos quando contrários a uma determinada ordem (artigos 44 e 47)⁴.

As Convenções de Haia de 1899 e 1907 codificaram as regras atinentes à guerra existentes até então. Porém, não houve nenhuma referência expressa à violação ou outra forma de violência sexual. Os crimes sexuais ficaram vinculados ao respeito pela “honra e direitos da família”⁵. Ressalta-se que o preâmbulo da Convenção previa que na ausência de regras codificadas, os beligerantes deveriam ser regidos pelos princípios do direito das nações, das leis da humanidade e pelos ditames da consciência pública. Fraciah Muringi entende que essa provisão proibia implicitamente a violação na condução dos conflitos, já que a violência sexual fere a dignidade humana e a honra da família, sendo, portanto, contra os ditames da consciência pública, além de ferir os princípios da humanidade, que por sua vez fluem do direito natural, e este também proíbe a violação e outras formas de abusos de natureza sexual (MURINGI, 2016).

1.2. Tribunais Pós-Segunda Guerra e Convenções de Genebra

³ O Lieber Code (1863) tem um importante valor no moderno direito de guerra, em virtude de constituir a primeira tentativa de estabelecer, por escrito, um conjunto de regras que dizem respeito aos usos e costumes de guerra e impô-las a um exército durante uma batalha. Apesar disso, este código tinha como objetivo somente prescrever um conjunto de regulações à conduta dos Soldados dos Estados Unidos (‘União’ ou Norte) que lutavam na Guerra Civil Americana contra os Estados Confederados da América (‘Confederação’ ou ‘Sul’), e por isso, não tinha status de tratado. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field. 24 Abril 1863, disponível em www.avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber (em 14.11.2016)

⁴ Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, **all rape**, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense. A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior.

Art. 47. Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, **and rape**, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred.

⁵ International Conferences (The Hague), Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land, 18 October 1907, Article 46. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (em 25.11.2016)

Após a Segunda Guerra Mundial, foram criados o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) e posteriormente o Tribunal Militar Internacional de Tóquio (1946), resultados dos esforços da comunidade internacional para julgamento dos acusados de crimes contra a paz, crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos durante o período do conflito. Nas cartas de ambos os tribunais não havia qualquer referência ao crime de violação⁶, apesar de considerar-se possível a punição de abusos de caráter sexual pelo recurso à cláusula de “outros atos desumanos”, presente nos dois Estatutos. (FIDALGO, 2007) Ressalta-se que em 20 de dezembro de 1945 as potências Aliadas que ocupavam o Território Alemão aprovaram a Lei n. 10 do Conselho de Controle, que incluiu a violação entre os crimes contra a humanidade previstos na Carta de Nuremberg, e requereu a cada uma das potências que julgassem o cometimento desse crime⁷.

Apesar desse avanço, em Nuremberg os julgamentos ignoraram amplamente os atos de violência sexual cometidos, embora soldados do Eixo e das Forças Aliadas tenham sido acusados do cometimento de violação contra civis durante o conflito. Há quem diga, inclusive, que esta é a verdadeira razão de o crime de violação não ter sido investigado pelo Tribunal de Nuremberg, “não porque os alemães não tenham cometido violações, mas porque as forças Aliadas, sobretudo os Russos e as forças Marroquinas sob controle francês, também cometeram inúmeras violações” (LABER *apud* FIDALGO, 2007).

Em Tóquio, a despeito do fato de não haver referência à violência sexual em sua Carta, o Tribunal decidiu que os atos de violência sexual constituíam “crimes de guerra costumeiros” previstos no artigo 5.º, alínea b) e, assim, condenou criminosos de guerra pelo delito de violação e prostituição forçada. No caso específico, havia evidências de violação e prostituição forçada de mulheres chinesas por soldados japoneses, especialmente durante o episódio que ficou conhecido como “rape of Nanking”, em que soldados japoneses invadiram a cidade de Nanking e violaram aproximadamente vinte mil mulheres e crianças como estratégia de dominação. Este foi, portanto, o primeiro tribunal internacional a processar e condenar os perpetradores de violência sexual em um conflito armado.

Conforme aduz Quitter (2013), os julgamentos de Nuremberg e de Tóquio “prepararam o terreno” para o julgamento internacional de criminosos de guerra por homicídio, genocídio, crimes contra a humanidade e outros crimes de guerra, mas os crimes sexuais ainda não eram

⁶ United Nations, Charter of the International Military Tribunal - Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis ("London Agreement"), 8 August 1945. Article 6.

⁷ Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and Against Humanity. December 20, 1945. Article II(c).

vistos como crimes de caráter internacional. Somente quarenta e cinco anos mais tarde, através da ação do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, os atos de violência sexual durante conflitos armados foram processados como crime de guerra, momento histórico que passamos a analisar adiante.

Há de se destacar, ainda, que a IV Convenção de Genebra de 1949, Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempos de Guerra⁸, refere expressamente a violação em seu artigo 27º, afirmando que “as mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, particularmente contra a violação, a prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor”. Percebe-se da leitura deste e dos demais artigos da Convenção, e dos seus Protocolos Adicionais de 1977, que a proteção da mulher contra abusos sexuais continua ligada à sua honra e pudor; e os crimes sexuais não constam expressamente da lista das violações graves da Convenção, submetidas à jurisdição universal.⁹

1.3 Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para Antiga Iugoslávia e para Ruanda

Os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia (TPIY) e para Ruanda (TPIR) trouxeram grandes contribuições ao reconhecimento e prossecução da violência sexual no âmbito internacional. O TPIY foi estabelecido em 1993 pela Resolução 82723 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de acordo com o Artigo 39 do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que autoriza o Conselho a responder a "qualquer ameaça à paz". O TPIR foi estabelecido em 1994 com base no mesmo Capítulo. Para alguns autores, a ação destes dois Tribunais marca o início do fim da impunidade dos crimes sexuais no direito internacional (FIDALGO, 2007; FITZGERALD, 1997).

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia foi a primeira corte internacional a reconhecer a violação como crime contra a humanidade (Estatuto do TPIY - artigo 5º, al. g.), além de ser a primeira corte a condenar um indivíduo com base nessa tipificação. O Estatuto do TPIY não prevê expressamente a violação como crime de guerra, mas, ainda assim, o Tribunal afirmou em diversas situações que a violência sexual deve ser considerada uma “grave violação das leis e costumes de guerra”. Além disso, o Estatuto do Tribunal, ao considerar os “graves atentados contra a integridade física ou psíquica do grupo” como uma das possibilidades de configuração do crime de genocídio, permite, a partir de uma

⁸ IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949. Disponível em: <http://www.redcross.org/humanityinwar/geneva-convention-iv-on-civilians-1949>

⁹ Artigos 146º e 147º da IV Convenção de Genebra.

interpretação extensiva, que a violência sexual seja enquadrada como possível ato constitutivo de genocídio, desde que cometida nas circunstâncias adequadas, ou seja, com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo racial, étnico ou religioso.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda também trata a violação como crime contra a humanidade (artigo 3º, al. g). Além disso, estabelece que o TPIR tem competência para julgar as pessoas que tenham violado ou que tenham ordenado a prática de violações graves ao artigo 3.º comum às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, para a Proteção das Vítimas de Guerra, e ao Segundo Protocolo Adicional, de 8 de junho de 1977. Dentre estas violações, incluem-se: ultraje à dignidade da pessoa, nomeadamente os tratamentos humilhantes e degradantes, violação, prostituição e qualquer outra forma indecente de ofensa (artigo 4º, al. e).

As diferenças mais significativas nas interpretações e julgamentos desses dois Tribunais dizem respeito à definição de violação (QUITTER, 2013).

O caso *Prosecutor vs Tadic*¹⁰, primeiro julgamento do TPIY e, portanto, o primeiro caso julgado por um Tribunal Internacional Penal pós Nuremberg e Tóquio, envolvia, entre outras acusações, o cometimento massivo de violações contra homens e mulheres por parte de Tadic, guarda em uma prisão da Sérvia. No entanto, ao final do julgamento as acusações de violência sexual foram retiradas, dadas as inconsistências das testemunhas.

O Caso *Prosecutor vs. Akayesu*¹¹, julgado pelo TPIR, envolveu o burgomestre da comuna de Taba, Jean Paul Akayesu, e sua participação no massacre de quase todos os *tutsis* residentes no distrito. Ele foi acusado de promover e apoiar atos de violência sexual contra as mulheres *tutsis*, como parte do processo de extermínio dos *tutsis* e uma forma de evitar o nascimento de outros membros do grupo.

Através deste caso, o TPIR foi o primeiro Tribunal Penal Internacional a (i) condenar um indivíduo por crime de genocídio; (ii) considerar que a violação de mulheres é um ato constitutivo de genocídio; (iii) considerar que a violência sexual quando realizada como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra a população civil, por motivos discriminatórios, como observou-se no caso concreto, constitui, por si mesma, crime contra a humanidade (FERREIRA DE ALMEIDA, 2007).

O caso *Akayesu* foi particularmente inovador porque o Tribunal teve de definir a violação a nível internacional, uma vez que nenhuma definição tinha sido reconhecida até antes do julgamento. Assim, o Tribunal definiu violação como “a penetração física de natureza sexual

¹⁰ Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-T, de 7 de Maio de 1997.

¹¹ Prosecutor v. Akayesu, Case Nº. ICTR-96-4-T, de 2 de setembro de 1998.

cometida de forma coerciva”, e acrescentou que “a violência sexual não se limita à invasão física do corpo humano, pode incluir atos que não envolvem penetração ou mesmo contato físico”.

O caso *Prosecutor vs. Mucic*¹² é um dos mais conhecidos que veio a ser julgado pelo TPIY, porque envolveu a acusação de quatro réus pelas atrocidades cometidas no campo de prisão *Celebici*.¹³ Este caso é juridicamente significativo para o escopo do presente trabalho pois a Corte sustentou que a violação e violência sexual podem constituir atos de tortura, desde que cumpridos os seus requisitos de configuração¹⁴, pois trata-se de um "ato desprezível que atinge o âmago da dignidade humana". Ademais, ao julgar os atos de violência sexual cometidos na prisão, a Corte precisava adotar uma definição para o crime de violação, e assim o fez referenciando a decisão do TPIR no caso *Akayesu*, definindo a violação como "uma invasão física de natureza sexual, cometida em uma pessoa sob circunstâncias coercivas".

O caso *Prosecutor vs. Furundzija*¹⁵, julgado pelo TPIY, teve como objeto as acusações contra *Anto Furundzija*, comandante dos "Jokers", uma unidade especial do Conselho de Defesa Croata, que lutou contra o exército da Sérvia. Ele foi acusado de ter submetido a população civil, especificamente muçulmanos sérvios, a diversas hostilidades, como atos de tortura, violência sexual e outros abusos físicos e psíquicos.

A sentença deste caso ocupa um lugar de destaque no tema da violência sexual porque, ao definir a violação, a Corte se distanciou do precedente em *Akayesu* e definiu o crime de uma forma mais detalhada e precisa, estabelecendo que a violação consiste: “i) na penetração sexual, por insignificante que seja: a) da vagina ou ânus da vítima pelo pênis do agente ou por qualquer outro objeto usado pelo agente; ou b) da boca da vítima pelo pênis do agente; ii) mediante coação, força ou ameaça de uso da força contra a vítima ou contra uma terceira pessoa”.

Diferentemente da definição adotada nos casos *Mucic* e *Akayesu*, o Tribunal centrou-se nos aspectos físicos do ato sexual e enumerou de forma precisa os fatos concretos que podem motivar uma violação, mencionando tanto as partes do corpo afetadas, como os instrumentos

¹² Prosecutor v. Zejnic Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esan Landzo. Case No. IT-96-21, de 16 de novembro de 1998.

¹³ Para mais desenvolvimentos sobre o caso Prosecutor v. Mucic vide QUITTER, Bridget, Rape as a War Crime..., ob. Cit. p. 9.

¹⁴ Artigo 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984): O termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

¹⁵ *Prosecutor v. Furundzija*, Case Nº. IT-95-17/1-T, de 10 de dezembro de 1998

do crime. Quitter considera essa nova definição um retrocesso, pois não fornece recursos de proteção às vítimas de violência sexual cometida sem penetração, ao contrário do que poderia ocorrer sob as definições anteriores (QUITTER, 2013).

O caso *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac e Vukovic*¹⁶, também julgado pelo TPIY, foi o primeiro no Direito Internacional Penal em que as acusações envolviam apenas crimes de natureza sexual. O caso em comento envolveu três acusados que participaram da invasão do município de Foca em abril de 1994. Os soldados sérvios dividiram a população entre homens e mulheres; os homens foram enviados à diversas prisões, enquanto as mulheres e crianças foram enclausuradas, primeiro no ginásio da escola da cidade, e depois no estádio *Partizan Sports Hall*. Este espaço tornou-se um verdadeiro “campo de violação”. As mulheres detidas foram vítimas de atrocidades massivas, sobretudo de natureza sexual, cometidas na maior parte das vezes por grupos, que também obrigavam as vítimas a usarem métodos contraceptivos para evitar a gravidez, levando inclusive o Tribunal a considerar que havia uma estratégia de limpeza étnica. Os acusados foram condenados pelo cometimento de atos de violência sexual enquanto violações de leis ou costumes de guerra, assim como crimes contra a humanidade.

O Tribunal decidiu voltar a utilizar a definição de violação do caso *Akayesu*, pois verificou que a definição proporcionada no caso *Furundzija* era demasiado restritiva, ao atrelar a ausência do consentimento da vítima à coação, uso ou ameaça de uso da força. Para o Tribunal, a falta de consentimento pode extrair-se de circunstâncias para além da força, como extrema pressão psicológica, enfermidade física ou mental, menoridade, entre outros. Portanto, substituiu-se o elemento “coação, força ou ameaça de uso da força” pelo elemento “ausência de consentimento”. Isso significa que o uso ou ameaça de uso da força passa a ser não mais um elemento consubstancial da natureza da violação, apenas uma das formas pelas quais se pode viciar o consentimento da vítima, o que representou um grande avanço na proteção dos direitos das vítimas desse tipo de violência.

Importante perceber que se tratando de um contexto generalizado de violência e ameaças, tal como ocorre em grande parte dos conflitos armados, é possível que a vítima tenha sido compelida a consentir devido às circunstâncias do contexto em questão. Assim, o consentimento para manter relações sexuais deve ser “absolutamente livre e voluntário”. Obviamente, este elemento subjetivo – *mens rea* - é muito difícil de ser provado, pois o autor pode alegar que considerava que a vítima consentia legitimamente a ter relações sexuais com ele (ZORRILA, 2005).

¹⁶ *Prosecutor vs. Kunarac, Kovac e Vukovic Case N°*. IT-96-23, de 22 de fevereiro de 2011.

A introdução do elemento “ausência de consentimento” representa, ademais, a mudança no bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico internacional no crime de violação. Até então, considerava-se que o crime visava à proteção da integridade física e a dignidade humana. A partir desse caso, com a “nova” definição de violação, percebe-se que o bem jurídico que o direito internacional busca proteger é a liberdade e autodeterminação sexual, que passa a ser, portanto, um bem jurídico da humanidade, supra individual, cuja proteção é essencial à comunidade internacional (FIDALGO, 2007).

Ainda na seara das contribuições dos TPIY e TPIR no que concerne aos crimes sexuais, merece destaque a inovação no plano processual trazida pelo artigo 96º do Regulamento de Procedimento e de Prova do TPIY, que estabelece regras de apreciação da prova em matéria de crimes sexuais (KIM, 2012). De acordo com este artigo, que não contava com nenhum precedente similar antes da sua adoção: (i) não se exige a corroboração do testemunho da vítima por outras testemunhas; (ii) o consentimento da vítima não será admitido como defesa se (a) a vítima tiver sido submetida, ameaçada, ou tenha motivos para temer violência, coação, detenção ou opressão psicológica, ou (b) razoavelmente se acredite que se a vítima não foi submetida a essas hipóteses, outra pessoa pode ter sido ou vir a ser; (iii) antes de ser admitida a prova do consentimento da vítima, o acusado deve satisfazer à Câmara de Julgamento que as provas são relevantes e credíveis; (iv) O comportamento sexual prévio da vítima não será admitido como prova.

O TPIY também prestou especial atenção à proteção e apoio das vítimas. Nesse sentido, estabeleceu uma Unidade de Vítimas e Testemunhas, constituída por pessoal qualificado para recomendar medidas de proteção e prestar aconselhamento para vítimas e testemunhas. Outras inovações foram: adotou-se a regra da não divulgação de nomes e outras informações das vítimas em registos públicos; o Tribunal garantiu que as vítimas não pudessem ser vistas na galeria pública; conferiu-lhes a opção de apresentar provas em sessões fechadas. Muitas dessas inovações foram posteriormente adotadas pelo Tribunal Penal Internacional (MANNING, 2016).

Graças aos Estatutos e às decisões do TPIY e TPIR, foi possível, pela primeira vez, definir o crime de violação no âmbito internacional; conseguiu-se distinguir de forma mais detalhada o crime de violação de outros abusos de natureza sexual; instituiu-se a violação como crime contra a humanidade, crime de guerra e genocídio, dependendo das circunstâncias do cometimento do ato; e adotou-se uma série de medidas protetivas às vítimas de abusos sexuais. Ainda que sujeita a limitações temporais e espaciais muito restritivas, estes Tribunais tiveram uma influência importante à criação do Tribunal Penal Internacional, que, a princípio,

compartilha objetivos com os dos tribunais *ad hoc*, mas se diferencia fundamentalmente destes por conta da permanência do seu mandato (ZORRILA, 2005).

2. Crimes Sexuais no Estatuto de Roma – Tribunal Penal Internacional

O nascimento do Tribunal Penal Internacional (TPI) representou um marco de enorme significado para a comunidade internacional. Desde 1 de julho de 2002, quando alcançado o número suficiente de ratificações (60) do seu Estatuto (Estatuto de Roma), o Tribunal está habilitado para processar e julgar os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão ocorridos posteriormente àquela data. A jurisdição do TPI abrange os crimes mencionados, que hajam sido cometidos nos territórios dos Estados que ratificaram o Estatuto, ou em qualquer outro território, desde que praticados por cidadãos desses Estados. Há de se ressaltar, contudo, que o TPI possui um caráter subsidiário, ou seja, só intervirá caso as autoridades nacionais não possam ou não queiram iniciar determinados processos. A sua atuação terá por base uma denúncia feita por um dos Estados partes no Estatuto, uma comunicação do Conselho de Segurança da ONU ou resultará da iniciativa do procurador do Tribunal (FERREIDA DE ALMEIDA, 2007).

O Estatuto desvincula definitivamente os crimes sexuais de concepções ligadas à honra e à dignidade da mulher e da família (note-se que os crimes sexuais como crimes de guerra são tipificados separadamente dos ultrajes à dignidade da pessoa), e também consolida o fato que os crimes sexuais podem constituir um crime de genocídio, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, a depender das circunstâncias presentes em cada caso concreto (FIDALGO, 2007).

Enquadrar-se-á a violência sexual como elemento do crime de genocídio quando praticada com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, nos termos do artigo 6º do Estatuto. Vale mencionar que tal como está tipificado no Estatuto de Roma, não há referência expressa a atos de violência sexual na descrição do crime de genocídio, tendo sido codificada a cláusula geral “lesões graves à integridade física ou mental de membros do grupo” (artigo 6º. al. *b*) (VITO, 2009). No entanto, o documento sobre os Elementos dos Crimes, aprovado pela Assembleia dos Estados Partes contém uma nota esclarecendo que a conduta causadora destas lesões “pode incluir, mas não necessariamente se limita a, atos de tortura, violação, violência sexual ou tratamento desumano ou degradante”,

restando-se claro, portanto, que os crimes sexuais estarão sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional quando constituírem atos de genocídio (DORMAN, 2003)¹⁷.

O artigo 7º do Estatuto dispõe que a violência sexual, quando cometida no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, será enquadrada como um crime contra a humanidade. Nesse sentido, o documento sobre os Elementos dos Crimes afirma que os crimes contra a humanidade figuram entre os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional, uma conduta inadmissível ao abrigo do direito internacional geralmente aplicável pelos principais sistemas jurídicos do mundo, exigindo, portanto, a responsabilização penal individual.

É no âmbito dos crimes contra a humanidade que o Estatuto de Roma regula de forma expressa os crimes sexuais, prevendo, pela primeira vez em âmbito internacional, a título exemplificativo, diversas formas de crimes sexuais – violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada e outras formas de violência.

Para que se compreendam as circunstâncias que implicarão à circunscrição da violência sexual nesta categoria de crime, há de se levar em especial consideração dois elementos necessários à configuração dos crimes contra a humanidade, que dizem respeito ao contexto em que a conduta deve ocorrer: a participação no, e o conhecimento do ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. O elemento que aponta a necessidade de o perpetrador da conduta criminosa ter a consciência que suas ações fazem parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil não significa a exigência de provas de que o autor tinha conhecimento de todas as características do ataque ou os detalhes precisos do plano ou política do Estado ou organização. Além disso, tratando-se de um ataque emergente contra uma população civil, a cláusula de intenção, ou o *mens rea* é satisfeito provando-se que o autor pretendia, com sua conduta, promover tal ataque generalizado ou sistemático¹⁸.

¹⁷ Durante a conferência diplomática em Roma, alguns Estados afirmaram a necessidade de elaboração de um documento sobre os elementos dos crimes, para fornecer uma maior segurança e clareza em relação ao conteúdo de cada crime. A ideia de um ser adotado um documento delineador dos elementos dos crimes não foi rejeitada, e o artigo 9º do Estatuto reflete esse compromisso: “Os Elementos dos Crimes assistirão o Tribunal na interpretação e aplicação dos Artigos 6, 7 e 8”. Assim, os elementos devem ser usados como uma ferramenta interpretativa, não vinculativa, a serviço dos juízes. Além disso, o Artigo 21 do Estatuto, tratando sobre o Direito aplicável pelo TPI, afirma que o Tribunal aplicará: a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os *Elementos Constitutivos do Crime* e o Regulamento Processual. Cf. DORMAN, Knut. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*. Cambridge University Press. 2003. p. 8.

¹⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre os elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade, vide Cf. ALMEIDA, Francisco Ferreira de. *Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Internacional Penal*. Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2007, p. 240 e ss.

Os crimes sexuais podem ser configurados também como crimes de guerra, seja em conflitos armados internacionais ou conflitos armados internos, “quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala”, nos termos do artigo 8º do Estatuto¹⁹. Para que a violência sexual constitua um crime de guerra, exige-se ainda que o autor da conduta saiba as circunstâncias factuais que estabelecem a existência de um conflito armado, ainda que não tenha conhecimento se o conflito é internacional ou interno²⁰.

No que concerne à violação, de acordo com os Elementos de Crimes, há dois elementos constitutivos da violação que se aplicam para sua configuração como crime de guerra ou crime contra a humanidade (DORMAN, 2013): (1) O agressor invadiu o corpo de uma pessoa por conduta que resultou na penetração, por mais leve que fosse, de qualquer parte do corpo da vítima ou do autor com um órgão sexual, ou da abertura anal ou genital da vítima com qualquer objeto ou qualquer outra parte do corpo. (2) A invasão foi cometida por força, ou por ameaça de força ou coerção, assim como por medo de violência, coação, detenção, opressão psicológica ou abuso de poder, contra tal pessoa ou outra pessoa, ou por tirar vantagem de um ambiente coercivo, ou a invasão foi cometida contra uma pessoa incapaz de dar o consentimento genuíno. Pode-se afirmar, assim, que o TPI incorporou e consolidou os desenvolvimentos jurídicos conseguidos pelos Tribunais *ad hoc* que o antecederam. Apenas a título de exemplo, os Elementos dos Crimes codificaram a compreensão de consentimento desenvolvido no caso *Akayesu*, especificamente incluindo "ameaça de força ou coerção" e "tirar vantagem de um ambiente coercitivo" na definição do crime de violação.²¹

¹⁹Artigo 8º. 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":
b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

vi) Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra;

²⁰ Elements of Crimes. Official Records of the Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 31 May-11 June 2010 (International Criminal Court publication, RC/11)

²¹ O próprio Estatuto de Roma foi influenciado pela condenação de Kunarac e enumera a tortura e a violação como crimes contra a humanidade separados MANNING, Colin. Development of International Criminal Law of Sexual Violence. p. 10.

Fildago (2007) destaca, ainda, duas inovações do o Estatuto do TPI em matérias de crimes sexuais. Em primeiro lugar, o Estatuto foi inovador quanto aos órgãos do Tribunal. O artigo 36º, n.º 8, al. b) estatui a “necessidade de assegurar a presença de juízes especializados em determinadas matérias, incluindo, entre outras, a violência contra mulheres ou crianças”. Além disso, no gabinete do procurador deve haver “assessores jurídicos especializados em determinadas áreas, incluindo, entre outras, as da violência sexual” (Artigo 42º, n.º 9). Em segundo lugar, no que concerne ao procedimento (FIDALGO, 2007). O artigo 54.º n.º 1, al.b) indica que no inquérito e em toda a sua atuação o “procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e das testemunhas, incluindo a idade, o sexo (...), a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual”. Além disso, prevê-se expressamente que tratando-se de uma vítima de violência sexual, a audiência pode realizar-se, no todo ou em parte, à porta fechada (artigo 68.º n.2).

3. As Contribuições do Caso Jean-Pierre Bemba Gombo

Em 21 de março de 2016, a Terceira Câmara do Tribunal Penal Internacional (TPI) condenou o ex-Vice-Presidente da República Democrática do Congo (RDC) e líder do *Mouvement de libération du Congo* (MLC), Jean-Pierre Bemba Gombo, por crimes contra a humanidade e crimes de guerra, inclusive pela prática de crimes sexuais, nomeadamente violação. Os crimes foram cometidos entre 26 de outubro de 2002 e 15 de março de 2003, período em que as tropas de Bemba Gombo realizaram uma intervenção na República Centro-Africana, em apoio ao presidente Ange-Félix Patassé, que à época enfrentava problemas de insurgência no país e pediu a ajuda do MLC.

Este julgamento é emblemático e significativo por duas razões primordiais (MELONI, 2016): primeiro caso em que o réu é condenado por crimes cometidos por seus subordinados, ou seja, a título da ‘responsabilidade do superior, ou *command responsibility*; e por ser o primeiro caso do TPI que se conclui com uma sentença condenatória pela prática do crime de violação.²² O foco do presente capítulo é a condenação de Bemba Gombo pela prática de crimes sexuais, e as contribuições desse julgamento ao desenvolvimento da jurisprudência internacional sobre o tema.

²² Nesse sentido, vale considerar que o julgamento de Katanga (ICC-01/04-01/07), Trial Chamber, 7 March 2014, foi o primeiro caso perante o TPI a incluir acusações de violação e escravidão sexual. Porém, a Câmara de Julgamento decidiu que a violação não se enquadrava no "objetivo comum" dos ataques à vila de Bogoro, e, assim, Katanga foi absolvido das acusações de crimes sexuais.

Assim, analisar-se-á a maneira que o TPI abordou e discutiu os crimes sexuais, e, à luz da jurisprudência já existente sobre o tema, que foi o objeto do presente estudo até aqui, as contribuições que esse julgamento trouxe (i) à definição de violação no âmbito dos crimes internacionais, (ii) à discussão sobre os efeitos ou consequências da violência sexual e (iii) à reflexão sobre os motivos do cometimento desse tipo de crime durante conflitos armados (CLARK, 2016).

3.1 Definição de violação

Até os anos 90, não havia definição do crime de violação no Direito Internacional Penal. Os Tribunais Internacionais que tentaram criar uma definição dos elementos desse crime – como visto, os Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia e Ruanda - divergiram especialmente no tocante ao relacionamento entre a força/coerção e o consentimento (MURINGI, 2016).

Conforme visto anteriormente, no caso *Kunarac* foi adotada uma definição de violação que se baseava no elemento “ausência de consentimento”, em substituição à coação ou o uso de força, pelas razões já mencionadas. Porém, alguns questionamentos permaneceram em aberto, no que se refere à adequação de se aplicar uma definição baseada – ainda que de forma atenuada - no consentimento, se estamos tratando de um contexto de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Isso porque a definição de violação pelo direito internacional penal pressupõe um contexto de conflito armado, e, sendo assim, as vítimas estão sob um ataque não-consensual. Isso significa que a própria determinação de competência de um Tribunal Penal Internacional para julgamento desse tipo de crime revela que o ato sexual ocorreu num contexto em que não havia autonomia sexual.

Uma das razões pelas quais o acórdão em Bemba Gombo é significativo é precisamente porque não emprega uma definição de estupro baseada no consentimento. A Câmara de Julgamento utilizou a definição de violação prevista no documento Elementos dos Crimes, que por si só não confere um grau elevado de importância ao consentimento, e enfatizou que “a falta de consentimento da vítima não é um elemento do crime de violação nos termos do Estatuto”.

3.2 Consequências dos crimes sexuais

Os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* refletiram sobre alguns efeitos e consequências da violência sexual sofrida pelas vítimas. Em especial nos casos *Mucic* e *Akayesu*, foram destacadas as consequências físicas e psicológicas nos homens e mulheres vítimas de violação. No julgamento de Bemba, as múltiplas consequências das violações massivas perpetradas no conflito são expostas e discutidas de forma detalhada²³.

Em primeiro lugar, o TPI considerou as lesões físicas agudas e duradouras provocadas nas vítimas, tanto nas mulheres (como lesões permanentes na vagina, pelve, rins, olhos, abdômen, problemas para engravidar) quanto nos homens (diminuição da locomoção e lesões no ânus), sem falar do alto índice de infecção pelo vírus HIV. Além disso, o Tribunal discutiu as consequências psicológicas dos abusos, ouvindo relatos das vítimas e de seus representantes legais que revelaram intenções suicidas e a ocorrência de transtorno do estresse pós-traumático. Há de se destacar, ademais, que o Tribunal foi levado a refletir também sobre os efeitos econômicos e sociais da violação. Nesse sentido, muitas vítimas relataram que foram rejeitadas ou excluídas socialmente, o que levou ao desemprego e conseqüentemente à desestruturação familiar (MANNING, 2016).

Neste ponto, cabe a seguinte indagação: Seria apropriado a um Tribunal Penal Internacional discutir de modo tão detalhado as maneiras que os abusos afetaram a vida e o cotidiano das pessoas? Poderia se argumentar que não, pois ao relatar as consequências de um crime de tamanha gravidade, o acusado seria prejudicado em seu direito a um julgamento justo, ou ainda que às vítimas e testemunhas compete tão somente apresentar provas à Corte, e não expor suas necessidades ou emoções.

Porém, concordamos com Natalya Clark (2016) que o fato de a Câmara de Julgamento ter discutido os efeitos das violações e as necessidades das vítimas - a curto e longo prazo - é extremamente importante para o desenvolvimento da justiça penal internacional. Primeiro porque individualiza as vítimas, ou seja, não são contadas apenas como números e estatística ou como meros instrumentos processuais para definição de culpa de um acusado. Em segundo lugar, há que se considerar que o TPI, a contrário dos tribunais internacionais que o antecederam, possui mecanismos para responder e reparar as necessidades das vítimas (veja-se por exemplo o poder estabelecido no Estatuto de Roma de determinar ações reparatórias e a criação do *Trust Fund* para beneficiar as vítimas)²⁴. Portanto, ao conceder voz às vítimas para

²³ Para maiores desenvolvimentos sobre as reflexões trazidas pelo TPIY e TPIR acerca das consequências do crime de violação e as contribuições do caso Bemba na exposição das consequências dos crimes cometidos pelo MLC, vide CLARK, Janine Natalya. *The First Rape Conviction at the ICC*. In: *Journal of International Criminal Justice* 14 (2016) p.679 e ss.

²⁴ Artigos 75 e 79 do Estatuto de Roma.

que tragam as suas realidades à sala de julgamento, dá-se a oportunidade ao TPI de superar algumas das circunstâncias sócio-políticas que condicionam a realidade pós-conflito, e, do mesmo modo, de desenvolver uma justiça que une o elemento retributivo ao restaurativo.

3.3 Motivos dos crimes sexuais

Ao observar o *case law* do TPIY e TPIR, percebe-se que em alguns casos, estes Tribunais refletiram acerca dos motivos que levaram os autores dos abusos sexuais a cometerem os seus atos. No caso *Mucic*, por exemplo, a Câmara de Julgamento comentou que os abusos foram cometidos como forma de obter informações, coagir a vítima ou puni-la pelos atos de terceiros. No caso *Furundzija*, percebeu-se, igualmente, que alguns dos abusos significavam uma punição pela não divulgação de informações que os acusados gostariam de obter (FISKE, 2014).

Do mesmo modo, a Câmara de Julgamento de Bemba Gombo discutiu acerca dos propósitos e motivos das violações cometidas pelos soldados do MLC. Porém, com uma característica importante: não se discutiram apenas os motivos imediatos, ou os propósitos que o ato em si pretendia alcançar; em vez disso, o Tribunal enfatizou os motivos socioeconômicos ou conjunturais que levaram os soldados a cometerem os crimes sexuais. Este fato é essencial para compreender a responsabilidade criminal de Bemba Gombo.

O Tribunal identificou que (i) as tropas não recebiam uma compensação financeira adequada, e praticavam saques e estupros como uma forma de “auto-compensação”; (ii) alguns dos soldados diziam às vítimas que estavam famintos. Há de se levar em consideração que o modo de responsabilidade arguido nesse caso foi a responsabilidade de comando (*command responsibility*). Ora, se os soldados a cargo de Bemba Gombo estavam saqueando e violando por não estarem sendo pagos, o Tribunal entendeu que ele não tomou as medidas razoavelmente necessárias, dentro de seus poderes no contexto operacional específico do MLC, para reprimir ou evitar os crimes, e, assim, foi considerado culpado, repete-se, pela *command responsibility*. Com isso, o TPI implicitamente afirma que para se obter uma justiça criminal internacional adequada e proporcional, não basta adotar uma abordagem puramente centrada na vítima, mas deve-se analisar também os fatores macro e micro de causalidade que levaram ao cometimento dos crimes internacionais.

Conclusões

O reconhecimento das múltiplas formas de violência sexual como crimes internacionais tem sido lento e, por vezes, inconsistente. Apesar de algumas menções no começo do século XX, somente no fim desse século que os crimes sexuais foram devidamente reconhecidos e processados.

Os desenvolvimentos mais importantes, tanto no plano material como no plano processual, ocorreram nos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a Iugoslávia. Esses desenvolvimentos foram posteriormente consolidados e expandidos pelo Tribunal Penal Internacional, que hoje tem à sua frente o desafio de, enquanto depositária da confiança de 124 países, processar e julgar os crimes considerados mais graves para a comunidade internacional, além de oferecer, de algum modo, medidas reparatórias às vítimas, de forma que possam ter reconstruídas suas vidas no período pós-conflito.

A luta pelo fim da impunidade pela prática de crimes sexuais é longa e difícil, mas o julgamento de Bemba Gombo inaugura um novo momento na jurisprudência internacional sobre crimes sexuais e concede esperança a milhares de homens e mulheres em todo o mundo que alguma medida de justiça por esses crimes, por mais lenta e difícil que seja, é possível.

BIBLIOGRAFIA

BUSS, Doris. **Rethinking 'Rape as a Weapon of War'**. *Feminist Legal Studies* (2009) 17. p. 145-163

CLARK, Janine Natalya. **The First Rape Conviction at the ICC**. In: *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 14 (2016), p. 667-687

DORMAN, Knut. **Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court**. Cambridge University Press. 2003.

ENGLE, Karen, **Feminism and Its (Dis)Contents: Criminalizing Wartime Rape in Bosnia and Herzegovina**. *American Journal of International Law* 99.2005 p. 778-815

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. **Direito Internacional Público**. Coimbra, Coimbra Editora. 2ª Ed., 2003.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Internacional Penal**. Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2007.

FIDALGO, Sofia. **Os crimes sexuais no Direito Internacional Penal**. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. v. 83 (2007) p. 639-658

FISKE, Lucy; SHACKEL, Rita. **Ending Rape in War: How Far Have We Come?**. *Cosmopolitan Civil Societies*, Vol. 6, No. 3, pp. 123-138, 2014; Sydney Law School Research Paper No. 15/21.

KIM, Sangkul, **The Means of Proof of International Sex Crimes** In: *Understanding and Proving International Sex Crimes*, Morten Bergsmo, Alf Butenschon and Elizabeth J. Wood, eds., FICHL Publication Series, no. 12, p. 225-265, 2012.

MANNING, Colin, **Development of International Criminal Law of Sexual Violence**. Cork Institute of Technology; University College Cork - School of Law (February 6, 2016).

MELONI, C. **Corte Penale Internazionale - Sintesi Delle Pronunce Più Rilevanti**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc.2. (Aprile-Giugno 2016). Guiffré Editore.

MURINGI, Fraciah. **Evolution of Rape as a War Crime and a Crime Against Humanity**, 2016.

QUITTER, Bridget, **Rape as a War Crime – Prosecution of Sexual Violence in the International Community**, 2013.

VITO, Daniela; GILL, Aisha; SHORT, Damien. **Rape Characterised as Genocide**. International Journal on Human Rights. year 6. N°. 10, São Paulo, June 2009. p. 29-51

ZAWATI, Hilmi M., **Impunity or Immunity: Wartime Male Rape and Sexual Torture as a Crime against Humanity**. In: Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture, 2007. p. 27-47

ZORRILA, Maider. **La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual**, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos 34, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005.