

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LUCAS MORAES SANTOS

**MUDANÇAS DE PARADIGMA PARA O TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA DE
GÊNERO:** os marcos normativos internacionais e os Tribunais Penais Internacionais de
Ruanda e da Ex-Iugoslávia

São Luís
2014

LUCAS MORAES SANTOS

**MUDANÇAS DE PARADIGMA PARA O TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA DE
GÊNERO:** os marcos normativos internacionais e os Tribunais Penais Internacionais de
Ruanda e da Ex-Iugoslávia

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dra. Monica Teresa Costa
Sousa

São Luís
2014

Santos, Lucas Moraes

Mudanças de paradigmas para tratamento da violência de gênero: os marcos normativos internacionais e os tribunais penais internacionais de Ruanda e da ex-Iugoslávia/ Lucas Moraes Santos. – São Luís, 2014.

71 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dra. Monica Teresa Costa Sousa

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2014.

1. Tribunal internacional para Ruanda 2. Tribunal internacional para a Iugoslávia
3. Direitos humanos 4. Violência de gênero 5. Crimes contra a humanidade 6.
Crimes de guerra 7. Tratados internacionais

CDU 343.412

LUCAS MORAES SANTOS

**MUDANÇAS DE PARADIGMA PARA O TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA DE
GÊNERO:** os marcos normativos internacionais e os Tribunais Penais Internacionais de
Ruanda e da Ex-Iugoslávia

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Maranhão para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Monica Teresa Costa Sousa (Orientadora)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, ou ao Universo, ou ao que quer que tenha nos concedido este lindo e vasto mundo no qual viver e ao qual descobrir.

Agradeço à minha linda e imensa família, sem a qual não seria o indivíduo feliz e realizado que me tornei. Agradeço, em especial, a meu pai Ricarte Almeida Santos, por ter inculcado em mim, desde a mais tenra idade as noções de solidariedade e justiça e de que uma vida que se vive só para si e só para acumular não deve ser suficiente para ninguém. A ideia de que o sentido da vida é ajudar. A meu padrasto Adalberto, pelo carinho e companheirismo sem iguais.

Agradeço a meus avós, Joaquim, Reinaldo e Juruca cujos exemplos de força descomunal, propósito, resiliência, honestidade e compaixão foram o que me permitiu chegar até aqui, e o que continuará me movendo daqui pra frente, até tão longe quanto eu conseguir alcançar.

Agradeço a meus amigos, amados. Em especial, Camila, João Victor, Vinícius, Karine, Mariana, Jéssica, Isabela, não fosse o nosso constante compartilhamento das dificuldades e desafios que envolveram este trabalho eu talvez não tivesse conseguido concluí-lo. Amo vocês e vou levar nossa juventude juntos pra sempre dentro de mim.

Agradeço ao Centro Educacional Colméia e ao Colégio Santa Teresa, pela educação interdisciplinar, ética e solidária que recebi. Obrigado por terem feito de mim, mais do que um estudante profissional, ou uma máquina de eficiência, um ser humano solidário, e um cidadão crítico.

Agradeço a minha orientadora, Monica, cuja inteligência e responsabilidade me ensinaram tudo o que tenho de bom como pesquisador.

Agradeço de maneira especial às mulheres de fibra das quais cresci cercado e que são certamente inspiração para este trabalho: à minha bisavó Artemísia, líder comunitária e mãe viúva em uma época cheia de estigmas e pobreza, e sem cuja força descomunal, minha avó, minha mãe e eu não estaríamos onde estamos. A minha querida avó materna, Auxiliadora, mãe divorciada, que criou as filhas do próprio trabalho duro numa sociedade machista e preconceituosa, e que ajudou a me criar de baixo de suas asas e ao sabor se sua culinária divina: Eu não sou nada sem a senhora, Vó. A minha avó paterna, viúva, mãe de oito filhos, saída da pobreza e que com muito esforço e determinação inabaláveis criou os oito para serem a primeira geração da família a irem para a Universidade: Vó, a sua fé, força e

doçura são preces diárias para mim. E, por fim, à minha leoa, a minha mãe querida, presença constante e onipresente em minha vida, e o amor para o qual eu sei que sempre posso voltar: a força de suas pequenas revoluções me inspira, mãe! E não importa por onde eu ande, eu vou ser sempre o seu leãozinho, te amo!

Agradeço, por fim, as todas as mulheres que lutaram ao longo do tempo por um mundo de igualdade, que ainda não existe e que talvez não chegue sequer a existir, mas que é para o qual eu me volto todos os dias ao acordar. Para as mulheres cujas vidas foram ceifadas ao longo de séculos de barbáries: vocês não se foram em vão. Vocês vivem em cada passo que damos rumo a uma sociedade mais igualitária. Obrigado.

“As mulheres são o único coletivo oprimido da nossa sociedade que convive em associação íntima com seus próprios opressores”.

Evelyn Cunningham

RESUMO

A presente monografia analisa, sob uma perspectiva de gênero, as atuações dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, criados sob os auspícios da ONU, no intuito de processar e julgar as sérias violações cometidas ao Direito Humanitário Internacional durante os bárbaros conflitos armados que tomaram lugar nessas localidades, e nos quais as mulheres e crianças foram vitimadas de maneira hedionda e desproporcional. Para tal investigação o trabalho constrói uma evolução histórica da proteção internacional aos Direitos Humanos e do Direito Humanitário Internacional, iniciando pelo Pós-Segunda Guerra, os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, as Convenções de Genebra de 1949, etc. Em um segundo momento o trabalho se dedica a analisar o principal documento internacional editado pela ONU voltado para a proteção das mulheres, a Convenção e para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, para então, por fim, realizar as análises dos Tribunais de Ruanda e da Iugoslávia. A análise dos tribunais visa entender se, após cinquenta anos de início da internacionalização da proteção aos Direitos Humanos, o Direito Internacional foi capaz de elevar a rejeição à violência de gênero ao nível de norma de *jus cogens*, estabelecendo uma proteção efetiva e vinculativa às mulheres.

Palavras-chave: Tribunal Internacional para Ruanda; Tribunal Internacional para a Iugoslávia; Direitos Humanos; Violência de Gênero; Genocídio; Crimes contra a Humanidade; Crimes de Guerra; Tratados Internacionais.

ABSTRACT

This monograph analyzes, under a gendered perspective, the performance of the International Criminal Tribunals for Rwanda and for the former Yugoslavia, created under the auspices of the UN, with the purpose of prosecuting and judging the serious violations perpetrated against the International Humanitarian Law, during the barbaric armed conflicts that took place in those places, and in which women and children were victimized in a hideous and disproportional way. In order to achieve such an investigation, the work builds a historical evolution of the international protection of the Human Rights and of the International Humanitarian Law, beginning with the post-World War II, the Tribunals of Nuremberg and of Tokyo, the Geneva Conventions of 1949, etc. In a second stage, the work devotes itself to analyze the single most important international document edited by the UN regarding the protection of women, The Convention for the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and only after that it starts the analyses of Rwanda and the former Yugoslavia Tribunals. The analyses of those Tribunals aims to understand if, after fifty years from the starting point of the internationalization of the protection of Human Rights, the International Law was able to raise the rejection of gender violence to the level of a *jus cogens* norm, establishing an effective and binding protection to women.

Keywords: International Criminal Tribunal for Rwanda; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; Human Rights; Gender Violence; Genocide; Crimes against Humanity; War Crimes; International Treaties.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A EMERGÊNCIA DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA AGENDA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	13
2.1	Os precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional aos Direitos Humanos.....	14
2.2	As questões de gênero no pós-Segunda Guerra: os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.....	16
2.3	As questões de gênero no pós-Segunda Guerra: as Convenções de Genebra de 1949.....	24
3	AS QUESTÕES DE GÊNERO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX.....	26
3.1	A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	27
3.2	A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.....	33
3.2.1	A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher no ordenamento jurídico brasileiro.....	36
3.2.2	Reservas à Convenção para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher.....	38
3.2.3	O Comitê da Convenção para a Eliminação de todas a Formas de Discriminação contra a Mulher.....	42
4	A MUDANÇA DE PARADIGMA NO TRATAMENTO DAS QUESTÕES DE GÊNERO VERIFICADA NOS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS <i>AD HOC</i> PARA RUANDA E PARA EX-IUGOSLÁVIA.....	44
4.1	Os tipos penais processados pelos Tribunais <i>ad hoc</i> de Ruanda e da Ex-Iugoslávia.....	46
4.1.1	Crimes de Guerra.....	46
4.1.2	Crimes contra a humanidade.....	51
4.1.3	Genocídio.....	53
4.2	Alguns avanços concretos no combate à violência de gênero na jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais <i>ad hoc</i> da ONU.....	55

4.2.1	O caso Akayesu: estupro como instrumento de genocídio.....	56
4.2.2	O caso Celebici e o reconhecimento da violência sexual como tortura.....	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A resiliência da noção de soberania nacional na comunidade internacional levou a um entendimento, por parte de muitos Estados, que enxerga o Direito Internacional como um sistema de regulação essencialmente voluntário, com algumas importantes exceções, é claro. Por vezes, a ideia geral, parece ser a de que os Estados podem escolher os princípios de Direito Internacional a que desejam (a que lhes é útil) se vincular. Por esta ótica, o Direito Internacional, por comparação, acaba parecendo uma forma de Direito demasiadamente negociável e política.

Internamente ao discurso do Direito Internacional, no entanto, é possível observar a autoridade dos verdadeiros princípios e normas de Direito Internacional como institutos eminentemente distintos da política. Enquanto a política internacional, por exemplo, mantém-se fortemente governada pela força do poder econômico e militar (que, por vezes, são o mesmo), o Direito Internacional, de uma maneira geral, pugna por um discurso de justiça e equidade, o que, embora não exclusivamente, é mais eloquentemente verificado no campo da proteção internacional aos Direitos Humanos.

Não é só o fato de, enquanto ciência jurídica, definir-se como objetivo e racional, que confere ao discurso de equidade e justiça presente no Direito Internacional importância crucial para a concretização de garantias e Direitos Humanos fundamentais mundo afora, mas também, o fato de que o Direito Internacional inspira credibilidade universal. Apesar disso, testemunha-se, nas últimas décadas, especialmente após a queda das Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001, uma espécie estagnação dos avanços relativos à efetiva proteção internacional aos Direitos Humanos, e em alguns campos, retrocessos de fato. No contexto atual, as linguagens da política, dos interesses nacionais e da segurança nacional puseram os princípios fundamentais para longe do centro das discussões entre governos. Deste modo é que as dificuldades do Direito Internacional em conferir força cogente a seus corpos, jurisdicionais e legislativos, permanecem um desafio que precisa ser encarado com a máxima urgência. Importantes avanços foram conquistados, é verdade, mas há ainda um longo caminho pela frente.

A influência da política e a mercantilização de direitos afeta, sobretudo, e em todo mundo, as populações mais vulneráveis e historicamente oprimidas, isto é, pobres, mulheres, negros, crianças, velhos, LGBTT's, etc. A abjeta desigualdade ainda existente entre homens e mulheres, por exemplo, expressada de maneira vergonhosamente frequente na forma de violência injusta e injustificada daqueles contra aquelas, é, por vezes, sustentada pelas

próprias instituições e endossadas por Estados, quando o papel destes seria o de proteger com especial atenção os grupos mais vulneráveis. Isto quando os Estados e instituições não constituem, eles mesmos, os próprios violadores.

É, notadamente, nos períodos de conflitos armados que a violência de gênero manifesta-se em sua faceta mais bárbara e hedionda. Se estes conflitos trazem consigo mazelas irreparáveis a todas as populações envolvidas, tais mazelas tem historicamente atingido mulheres e meninas de maneira brutalmente desproporcional. Neste sentido é que, o presente trabalho analisará o papel que a proteção internacional dos Direitos Humanos tem tido na mitigação dos efeitos devastadores dos bárbaros crimes cometidos em escala desproporcional durante conflitos armados contra mulheres e meninas, notadamente os crimes de conotação sexual. A pergunta a ser respondida, portanto, é: o Direito Internacional tem sido uma instância normativa, cogente e vinculante eficaz no combate à violência de gênero?

Para tal objetivo é que inicia-se a análise pela construção de um panorama dos precedentes históricos da moderna sistemática normativa de proteção internacional dos Direitos Humanos, dentre os quais inserem-se as normas de proteção às mulheres. É assim que iniciamos o trabalho de pesquisa bibliográfica remontando à primeira metade do século XX, quando ocorreram as duas grandes guerras do nosso tempo e como tais acontecimentos, sobretudo o horripilante holocausto nazista, fizeram com o que a comunidade internacional acordasse, ainda que de maneira demasiadamente tardia, para os riscos trazidos pela inexistência de um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos bem como a noção, supramencionada, e até então pacífica de absoluta soberania dos Estados. Neste ponto abordam-se marcos como a criação da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, no tocante ao Direito Humanitário e à defesa dos Direitos Humanos em conflitos armados, as Convenções de Genebra, reeditadas em 1949. O trabalho estabelece, ainda, uma análise sob uma perspectiva de gênero dos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, criados com o escopo de processar e julgar os crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, e durante a qual, sabe-se, os crimes sexuais foram ostensivamente cometidos pelos oficiais de ambos os lados.

No segundo capítulo o trabalho trata da continuação do processo de internacionalização da proteção aos Direitos Humanos na segunda metade do século XX. Aborda, para isso, a assunção de obrigações internacionais, no tocante ao combate interno das violações de Direitos Humanos, através da adoção de tratados, por parte dos Estados, particularmente daqueles relativos à proteção das mulheres. Para isso o trabalho aborda, exemplificativamente, o principal documento internacional de proteção às mulheres, qual seja,

a Convenção para a Erradicação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, analisando a profundidade da proteção que o mesmo visa estabelecer, bem como, a efetividade do mesmo enquanto instrumento vinculativo para os Estados signatários.

No terceiro capítulo, conclui-se a análise, através da abordagem de um momento histórico mais recente, mais precisamente, na década de 1990. O trabalho trata, nesta etapa, de outros dois Tribunais Penais Internacionais ad hoc estabelecidos pela ONU para o processamento de crimes cometidos em conflitos armados. São eles, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, atinente ao genocídio ocorrido entre duas etnias rivais da localidade africana, e o Tribunal para a ex-Iugoslávia, estabelecido com vistas a processar e julgar os crimes cometidos durante o conflito separatista e com caráter de limpeza étnica ocorrido naquela região. O trabalho, novamente, construirá sua análise sob uma perspectiva de gênero, verificando, através de análise das normas internacionais e da jurisprudência destes Tribunais, como se deu o processamento e julgamento dos crimes fundados em gênero, bem como, de que maneiras os marcos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos colaboraram, empiricamente, para a punição de tais crimes. Através de tal investigação busca-se descobrir se, meio século após o início do processo de internacionalização da proteção aos Direitos Humanos, o Direito Internacional tornou-se efetivamente uma instância eficaz, em algum grau, no combate à violência de gênero, apesar dos grandes desafios que, sabe-se, ainda vigem. Mais especificamente, o Direito Internacional, a partir da internacionalização da proteção aos Direitos Humanos, foi capaz de fazer da violência de gênero uma violação do *jus cogens*?

2 A EMERGÊNCIA DAS QUESTÕES DE GÊNERO NA AGENDA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Para Norberto Bobbio, os direitos humanos teriam nascido como direitos naturais universais, para posteriormente desenvolverem-se como direitos positivos particulares (na medida em que cada constituição incorpora Declarações de Direitos), para somente então ter sido possível encontrar plena realização como direitos positivos universais.¹

É neste sentido que aponta Piovesan, ao abordar a intensa polêmica existente a respeito do fundamento e natureza dos direitos humanos: seriam eles direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral?² Embora seja este um questionamento que permanece vivo na contemporaneidade, Piovesan defende a historicidade dos direitos humanos, tendo em vista o fato de que eles não nos são dados, mas construídos, constituem uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução.

Por importante que seja tal debate, a respeito do fundamento dos direitos humanos, Bobbio³ insiste que o principal problema dos direitos humanos já não é o de fundamentá-los, mas sim, o de protegê-los. É, para Piovesan, neste sentido que se ergue o Direito Internacional dos Direitos Humanos, isto é, “para resguardar o valor da dignidade humana, concebida como fundamento dos direitos humanos”.⁴

Dada a centralidade do tema da proteção dos Direitos humanos, dentre os quais insere-se o direito a igualdade intergêneros, ao qual delimita-se o escopo do presente trabalho, faz-se premente a construção de um breve histórico da atual sistemática de proteção internacional de tais direitos, de modo a esclarecer, ao longo do trabalho, tanto os inegáveis avanços alcançados, quanto as muitas carências ainda por serem supridas.

¹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

²PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 181.

³BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 25.

⁴PIOVESAN, Flávia., op. cit., p. 182-182;

2.1 Os precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional dos Direitos Humanos

Para Piovesan, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho constituem os primeiros marcos do processo de internacionalização dos Direitos Humanos.⁵ A saber:

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional.

Ainda segundo Piovesan, foi necessário também que se procedesse a uma redefinição do *status* do indivíduo no âmbito do cenário internacional, para aquele se tornasse um verdadeiro sujeito de Direito Internacional.

Thomas Buergenthal define o Direito Humanitário como “o ramo dos direitos humanos que se aplica aos conflitos armados internacionais e, em determinadas circunstâncias aos conflitos armados nacionais”.⁶ Desta forma deixa o direito humanitário estabelecido como o componente de direitos humanos da lei da guerra.

Trata-se, portanto, do Direito aplicado em hipótese de guerra, com vistas à fixação de limites à atuação do Estado e a assegurar a observância de direitos fundamentais. Tal proteção humanitária destina-se aos militares fora dos postos de combate por ferimentos, doenças, naufragos e prisioneiros, e a populações civis. Desta forma, ao considerar situações de extrema gravidade, o Direito Humanitário impôs a regulamentação jurídica do emprego da violência em um nível internacional, constituindo a primeira expressão de que existem limites no plano internacional à liberdade e autonomia dos Estados. Mesmo na situação de conflito armado.

Correlativamente, ainda na esteira da relativização da soberania estatal, esteve a Liga das Nações. Criada após a Primeira Guerra Mundial, teve como finalidade primordial a promoção da cooperação, paz e segurança internacional o que fez ao condenar as agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros. Seu documento principal, a Convenção da Liga das Nações de 1920, continha previsões genéricas

⁵ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p.183

⁶ BUERGENTHAL, Tomas. **International Human Rights**. Minessota: West Publishing, 1988. p. 14

relativas aos direitos humanos, inclusive já acenando para uma preocupação com a defesa específica das minorias, entre as quais já incluíam-se mulheres e crianças.⁷

A esse respeito:

[...] A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias, e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho – pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações.⁸

Vê-se, portanto que, da mesma forma que o Direito Humanitário desde seu advento, vem promovendo, também a criação da Liga das Nações vem para operar uma redefinição da noção de soberania absoluta do Estado, a qual passou a incorporar em seu bojo conceitual, desta feita ampliado, compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos. Relativizou-se a soberania, outrora absoluta.

Piovesan⁹ elenca, ainda, outro elemento que vem a coadunar com o advento da Liga das Nações e o do Direito Humanitário no referido processo, a saber, o de relativização da soberania dos Estados em prol da defesa dos direitos humanos, foi justamente a criação da Organização Mundial do Trabalho. A OIT teve sua criação logo após a Primeira Guerra Mundial, e tinha por finalidade a promoção de padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar. A esse respeito, Cassesse:¹⁰

Imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Mundial do Trabalho foi criada e um de seus objetivos foi o de regular a condição dos trabalhadores no âmbito mundial. Os Estados foram encorajados a não apenas elaborar e aceitar as Convenções internacionais (relativas à igualdade de remuneração no emprego para mulheres e menores, à jornada de trabalho noturno, à liberdade de associação, dentre outras), mas também a cumprir estas novas obrigações internacionais.

Resta evidente, portanto que, à sua maneira, a Organização Internacional do Trabalho também, à exemplo da Liga das Nações e do Direito Humanitário, cumpriu o seu papel no processo de internacionalização dos direitos humanos, através da relativização da soberania dos Estados.

Tais adventos marcam o fim de uma era, na qual, a não ser excepcionalmente, o Direito Internacional limitava-se a regular as relações entre Estados no âmbito estritamente

⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 184.

⁸ PIOVESAN, op. cit., p. 185.

⁹ Idem.

¹⁰ CASSESSE, Antonio. **Human Rights in a changing world**. Philadelphia: Temple University Press, 1999., p. 172.

governamental. Através desses institutos, finalmente abandonou-se a defesa exclusiva de arranjos e concessões recíprocos entre os Estados e passou-se efetivar obrigações internacionais garantidas ou implementadas coletivamente, cuja natureza excedia os interesses exclusivos dos Estados contratantes.¹¹ Por fim, rompe-se com o conceito tradicional de Direito Internacional, cujo único sujeito era, até então, o Estado. Agora também o são os indivíduos. Há, ainda, outro rompimento. A já mencionada relativização da soberania nacional, já que agora são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos.

Sobre isso, as palavras de Piovesan¹²:

Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional.

A referida autora aponta, ainda, para os desdobramentos de natureza mais prática de tais mudanças. A exemplo daqueles, cita o início da consolidação da capacidade processual internacional dos indivíduos e da noção de que os direitos humanos não se limitam mais à exclusiva jurisdição doméstica, doravante constituindo matéria de legítimo interesse internacional.¹³

2.2 As questões de gênero no pós-Segunda Guerra: os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio

O holocausto nazista teve o condão de impressionar toda a comunidade internacional, que se chocou perante as barbaridades perpetradas nos campos de concentração. No contexto do pós-guerra, coube aos Aliados, grupo das nações vencedoras, o julgamento dos crimes de guerra perpetrados pelos países do Eixo.

Sobre o nazismo como propulsor da internacionalização dos Direitos Humanos, a visão de Piovesan¹⁴:

A internacionalização dos Direitos Humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de

¹¹ PIOVESAN, op. cit., p. 186.

¹² Idem, p. 188.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem, p. 190.

direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.

Correlata é a visão de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.¹⁵

Na mesma medida em que a barbárie institucionalizada pelo totalitarismo significou uma ruptura do paradigma dos direitos humanos, por ter representado a absoluta negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito, após o fim da guerra, emergiu a necessidade premente de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que promovesse o matrimônio entre o direito e a moral, de forma que fossem aqueles os norteadores éticos da nova ordem internacional contemporânea. Desta forma é que nasce a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deveria se reduzir ao âmbito doméstico de um Estado, mas deveria ser encarado como problema de relevância internacional e tema prioritário.¹⁶

Contemporaneamente a tal processo, a doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, principalmente depois de divulgada extensão das barbaridades cometidas pelos nazistas contra os judeus. Entendeu-se, portanto, que a soberania estatal não é um princípio absoluto. Neste contexto os Direitos Humanos surgem como uma legítima preocupação internacional após o fim da Segunda Guerra Mundial. Se antes, nas origens dessa mudança se encontravam o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, agora, no processo de consolidação, durante o pós-Segunda Guerra, posicionam-se a criação das Nações Unidas e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia Geral da ONU, em 1948. Era o fim da máxima de que *king can do no wrong*.¹⁷

O problema era, segundo apontam Richard Pierre Claude e Burns H. Weston¹⁸, que alguns países ainda insistiam, como insistem ainda hodiernamente, que seria um ato de inapropriada interferência um Estado criticar a prática de direitos humanos do outro. Tal argumento baseia-se no art. 2º, 7, da Carta das Nações Unidas. A saber:

¹⁵ BUERGENTHAL, Tomas., op. cit., p. 17

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 191.

¹⁷ O rei não faz nada errado. (tradução nossa).

¹⁸ CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. Human Rights in the World Community: Issues and Action. Revisão: Rebecca M. M. Wallace. **Human Rights Quarterly**, v. 29, n. 4, nov., 2007, p. 1129-1131. The Johns Hopkins University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20072839>. Acesso em: 20 ago. 2014.

Art. 2º [...]

7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII. (ONU, 1945)

Muitos Estados usam este dispositivo para invocar a doutrina da soberania estatal e o princípio da não intervenção, especialmente quando se encontram na posição defensiva com relação às suas obrigações internacionais concernentes aos Direitos Humanos. É justamente esse forte e agressivo nacionalismo que representa um obstáculo à ideia de que a comunidade internacional deve respeitar os parâmetros de legalidade. Como exemplos, podemos citar Uganda, Irã, Paraguai, Romênia e muitos outros.

É neste contexto, o do pós Segunda Guerra, que emerge o Tribunal de Nuremberg o qual, entre os anos de 1945 e 1946, significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ao fim da guerra, e após intensos debates acerca de qual seria a melhor maneira de responsabilizar os alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do período, ficou decidido que se convocaria um Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Militar Internacional, também conhecido como Tribunal de Nuremberg, visou processar e julgar os líderes políticos e militares da Alemanha Nazista por seus crimes e pelos crimes cometidos sob o seu comando durante o conflito. O Acordo de Londres foi o documento responsável por conferir ao tribunal jurisdição para que processasse e julgasse crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz¹⁹. Além disso, fixou a composição do Tribunal e seus procedimentos básicos.

Na análise de Devens²⁰:

Foi necessário que a humanidade sofresse os massacres da Segunda Guerra Mundial, para que a consciência sobre a importância de não se deixar impunes os criminosos de guerra se tornasse possível. No entanto, foram as atrocidades cometidas pelo regime do III Reich na Segunda Guerra Mundial que levaram à concretização da instituição de um mecanismo competente para a punição dos indivíduos responsáveis por essas violações. Desta forma foi instaurado o Tribunal Penal Militar de Nuremberg.

Foi através da assinatura da chamada Declaração de Moscou, por representantes dos Estados Unidos, Inglaterra e União Soviética, em 1º de Novembro de 1943 que

¹⁹ LIPPI, Camila S. A evolução histórica do tratamento de questões de gênero pelo Direito Internacional Penal e pelo Direito Humanitário. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, V. 2, n. 24, 62-74, 2013, p. 3. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4919/6384>. Acesso em 20 ago. 2014.

²⁰ DEVENS, Gisele. **O Tribunal de Nuremberg**: marco nas relações políticas e jurídicas do século XX. Novembro 2004. 65 p. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí. São José, SC, novembro de 2014. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/nuremberg/mono_devens_tribunal_nuremberg_marco.pdf. Acesso em: 22 ago. 2014.

estabeleceu-se o marco inicial para o estabelecimento do Tribunal de Nuremberg. De acordo com o próprio texto da declaração, citado por Devens²¹, os países aliados já haviam recebido “provas concretas sobre os atos de violência e crueldade, assassinatos em massa e execuções de pessoas inocentes, cometidos pelas tropas hitlerianas nos países que dominaram e de onde estão sendo expulsas atualmente”.

O Tribunal de Nuremberg foi relevante, inclusive, na discussão a respeito das fontes informadoras do Direito Internacional.²² Acontece que, como informa o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – visto aqui como evidencia de uma prática geral e comum aceita como lei – é, sim, fonte do Direito Internacional, tanto quanto os tratados internacionais, as decisões judiciais, a doutrina e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações “civilizadas”. E, de fato, e de maneira inédita no Direito Internacional até então, o Tribunal de Nuremberg aplicou, fundamentalmente o costume internacional para a condenação criminal de indivíduos envolvidos na prática de crime contra a paz, crime de guerra e crime contra a humanidade.

É importante ressaltar que, à época, houve muita polêmica no que tange às condenações de Nuremberg. Principalmente no que diz respeito ao argumento de que os nazistas estariam sendo condenados por atos que constituíam crimes à época do cometimento. Nesse aspecto, no entanto, mesmo Hans Kelsen, crítico de vários aspectos relativos ao Tribunal, reconheceu não ser válido o princípio da irretroabilidade da lei penal no âmbito do Direito Internacional.²³

Grande foi, portanto, o significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos porque não apenas consolidou a ideia de limitação da soberania nacional, como reconheceu que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional. Sinaliza-se, assim, uma mudança no tratamento dispensado aos Direitos Humanos, que a partir de então, não poderia mais ser tratado como matéria exclusiva de jurisdição interna.

Se formalmente os avanços em prol do reconhecimento dos Direitos Humanos como matéria de interesse internacional foram grandes, materialmente ainda havia (e há) muito avançar. Segundo Chappel, as normas jurídicas internacionais criadas nesse período, influenciadas por esse conflito, encerravam um teor eminentemente androcêntrico, não

²¹ DEVENS, Gisele., op. cit., p. 27.

²² PIOVESAN, op. cit., p. 194-197

²³ KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law? **The international law quarterly**. New York, v. 1, n. 2, 1947. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals/intlq1>. Acesso em: 15 set. 2014.

levando em consideração as necessidades das mulheres ou, simplesmente, baseando-se em um estereótipo sobre as mesmas.²⁴ Para Lippi, tais normas compatibilizavam-se, também, com o conceito estabelecido por Chappel para o patriarcalismo, qual seja, uma forma de poder usada para subjugar e oprimir mulheres e colocá-las em uma posição de inferioridade em relação aos homens na esfera pública. Correlativamente, expõe Askin:²⁵

Homens, mulheres e crianças foram igualmente massacrados, torturados, deixados famintos, e submetidos a trabalhos forçados. Em adição a esses crimes, incontáveis mulheres e meninas foram marcadas por estupros, escravidão sexual e outras formas de violência sexual e perseguição. [...] No estabelecimento dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg (IMT) e Tóquio (IMTFE), para o processamento de líderes pelos crimes contra a paz, crimes de guerra, e crimes contra a humanidade, ambos os tribunais focaram, principalmente naquilo que era considerado o crime “supremo”: crimes contra a paz. Em parte por causa do fogo dos julgamentos naqueles responsáveis por ocasionar a guerra agressiva, a violência sexual foi amplamente ignorada.

Jocelyn Campanaro²⁶ promove severas críticas a Nuremberg, sobretudo, à Carta de Londres por ter negligenciado a necessidade de expressamente mencionar “estupro” ou “abusos sexuais” em seu texto, apesar da existência de extensa evidência do uso de estupro como tortura, de prostituição, esterilização e aborto forçados, mutilação sexual e uma gama de outros crimes de caráter sexual. Lippi ressalta, ainda, a ausência da perseguição por motivos de orientação sexual figurando entre os crimes contra a humanidade, os quais somente abarcavam as perseguições baseadas em razões políticas, religiosas e raciais.

Os crimes fixados sob a jurisdição do Tribunal de Nuremberg pelo Acordo de Londres figuram no artigo 6º do mesmo.²⁷ São eles: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) crimes de guerra (violações ao direito e ao direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir – mas não serem limitadas a – assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); c) crimes

²⁴ CHAPPEL, Louise. Contesting Women’s Rights: Charting the Emergence of a Transnational Conservative Counter-network. *Global Civil Society*, Vol. 20, No. 4, October, 2006, p. 491-520.

²⁵ ASKIN, Kelly D. Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles, 21 *Berkeley Journal of International Law*. 288 (2003), p. 288.

²⁶ CAMPANARO, Jocelyn. “Women, war, and international law: The historical treatment of gender-based war crimes”. In: *Georgetown Law Journal*, August 2001. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8972398/print. Acesso em: dia 14 set de 2014.

²⁷ PIOVESAN, Flávia., op. cit., p. 193.

contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente se em violação ou não ao direito doméstico de determinado país em que foi perpetrado.

Da leitura do texto legal acima exposto é possível identificar diversas brechas que teriam tornado possível o processamento e julgamento dos crimes de caráter sexual cometidos pelos nazistas. Na alínea “b”, quando da definição das violações do direito costumeiro da guerra o texto afirma, de maneira expressa, que tais violações devem incluir, mas não serem limitadas às categorias citadas. Correlativamente, o estupro e a perseguição baseada em orientação sexual podem ser entendidas como atos desumanos cometidos contra população civil ou como devastação não justificada por ordem militar, presentes nas alíneas “c” e “b” respectivamente.²⁸

Campanaro conclui afirmando que, apesar das brechas, as acusações levadas a cabo perante o Tribunal de Nuremberg, pareciam simplesmente ignorar os abusos sexuais e a perseguição fundada em orientação sexual.²⁹ Falha essa que, além de ignorar o sofrimento de dezenas de milhares de pessoas, perpetuou a noção equivocada e incomensuravelmente prejudicial de que tais crimes não são tão graves quanto os outros.

No mesmo sentido manifesta-se Askin, que ao analisar os marcos normativos do Direito Humanitário Internacional, bem como as coleções dos registros dos julgamentos dos tribunais internacionais, constata:

O conjunto de quarenta e dois volumes das transcrições do julgamento de Nuremberg contém um índice de 732 páginas. Nem a palavra “estupro” nem a palavra “mulher” estão incluídas em algum dos títulos ou subtítulos desse índice, apesar do fato de que os crimes de violência sexual cometidos contra mulheres foram extensivamente documentados nos transcritos. (Tradução nossa)³⁰

Apenas de maneira implícita os crimes sexuais receberam atenção do Tribunal de Nuremberg. Nos procedimentos pós-guerra levados a cabo em Nuremberg, na Alemanha, contra vinte e dois líderes nazistas, o julgamento falhou em incluir quaisquer formas de violência sexual e apesar da extensa documentação a respeito das práticas sexualmente violentas contra mulheres e meninas, tais crimes não foram processados. Embora não explicitamente, porém, os crimes relacionados ao gênero foram sim incluídos nos julgamentos,

²⁸ LIPPI, Camila S. op. cit., p. 5.

²⁹ CAMPANARO, Jocelyn., op. cit.

³⁰ ASKIN, Kelly D. op.cit., p. 295.

mas somente como evidências das atrocidades que estavam sendo processadas no âmbito do tribunal.³¹ A saber:

Muitas mulheres e meninas, ainda adolescentes, foram separadas do resto dos presos e trancadas em celas separadas, onde as infelizes criaturas foram sujeitas a particularmente revoltantes formas de tortura. Elas foram estupradas, seus seios cortados fora... [...] ³²

Mulheres foram sujeitadas ao mesmo tratamento que homens. À dor física, o sadismo dos torturadores adicionou uma agonia moral, especialmente mortificante para uma mulher ou para uma jovem garota, de ser despida nua por seus torturadores. Gravidez não as livrava dos maus-tratos. Quando a brutalidade ocasionava um aborto, elas eram abandonadas sem quaisquer cuidados, expostas a todos os perigos e complicações desses abortos criminosos. ³³

No caso do Tribunal *ad hoc* criado para processar e julgar os crimes cometidos pelos japoneses durante a Segunda Guerra Mundial, os crimes sexuais foram igualmente negligenciados. O Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, também conhecido como Tribunal de Tóquio, foi instituído pela Carta de Tóquio, a qual, por sua vez, não difere muito da Carta de Londres no que diz respeito ao tratamento dispensado aos crimes sexuais.

Apesar disso, é verdade que, o comandante Tomoyuki Yamashita foi considerado culpado por crimes de guerra, entre eles tortura, estupro e assassinato em massa de populações civis habitantes das Filipinas. O mencionado comandante foi condenado, é importante notar, não por crimes cometidos por ele mesmo, mas sim pelas tropas sob seu comando. Abriu-se, então, um precedente para que comandantes fossem responsabilizados por condutas que eles falharam em prevenir e/ou punir, sobre as quais eles estavam ou deviam estar cientes. ³⁴

O Tribunal de Tóquio falhou extensamente, no entanto em punir uma prática muito comum naquele período, qual seja, a do sistema de mulheres de conforto. Cerca de duzentas mil mulheres de origem não japonesa, habitantes dos territórios ocupados pelo Japão, eram levadas a “estações de conforto”, que constituíam locais onde eram estupradas e submetidas a trabalhos domésticos forçados para as tropas japonesas. Tal sistema somente se tornou de conhecimento público a partir da década de 1990, quando algumas das sobreviventes tornaram suas histórias públicas. Apesar disso, o sistema não era desconhecido à época nem pelas autoridades japonesas, nem pelos Aliados, já que militares das mais altas

³¹ TRIAL OF THE MAJOR WAR CRIMINALS BEFORE THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, 14 Nov. 1945 a 1 Out. 1946. (1947) Disponível em: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf. Acesso em: 27 ago. 2014.

³² Idem, vol. 7, transcrição p. 494.

³³ Idem, vol. 6, transcrição p. 170.

³⁴ CAMPANARO, Jocelyn. op. cit.

patentes estavam envolvidos na implantação do sistema que contava, aliás, com a permissão e promoção do Ministério da Guerra Japonês.³⁵ (MORRIS, 2003 *apud* LIPPI, 2008)

A respeito do papel nuclear que os crimes sexuais desempenharam na guerra, ainda em pleno século XX, sobretudo na Segunda Guerra Mundial, manifesta-se Askin (2003, p. 297-298):

Evidências indicam que os crimes de estupro são cada vez mais cometidos de forma sistemática e estratégica, de maneira que aquela violência sexual se torne uma parte central e fundamental do ataque contra um grupo oponente. Indiscutivelmente, estupro e outras formas de violência sexual são usadas como armas de guerra. Em alguns casos, como a escravização sexual de cerca de 200.000 das mulheres conhecidas como “mulheres de conforto” durante a Segunda Guerra Mundial pelo exército Japonês, a violência sexual assume um papel nuclear no maquinário da guerra, tanto que, o pessoal militar direciona mulheres e meninas para, conveniente e eficientemente, servirem os soldados homens e para melhorar sua moral. Assim, ao invés de ser uma arma usada para atacar o lado oposto, a violência sexual é usada como parte do maquinário de guerra, como combustível para os soldados combatentes.

Também no Tribunal de Tóquio, Askin (2003, p. 295) apurou a negligência dos julgamentos para com os crimes de violência sexual cometidos contra mulheres. A saber:

Nos cinco índices suplementares do conjunto de vinte e dois volumes documentando o julgamento de Tóquio, o termo “estupro” é incluído apenas sob o título “atrocidades”. Mesmo aí, conta com a citação de meras quatro referências, representando uma minúscula porção do número de vezes que estupros e outras formas de violência sexual foram incluídos entre as transcrições do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente.

Para Askin, embora os julgamentos do Tribunal de Tóquio tenham expressamente processado os crimes de estupro, eles o fizeram somente até certo limite e em conjunção a uma gama de outros crimes³⁶. Tal qual o de Nuremberg, o Tribunal de Tóquio não enumerou especificamente nenhum crime sexual. Havia, no entanto, no Inquérito de Tóquio, alegações relativas a crimes de gênero. O julgamento “caracterizou o estupro de mulheres civis e profissionais médicas como “tratamento desumano”, “maus-tratos” e “falha em respeitar a honra familiar e direitos” e processou esses crimes sob a provisão de “Crimes de Guerra Convencionais” no julgamento.

Dentre os motivos para o não tratamento do sistema de mulheres de conforto pelo Tribunal de Tóquio, Morris aponta o fato de que não havia mulheres da nacionalidade dos países Aliados entre as vítimas, bem como o fato de que os próprios Aliados haviam utilizado

³⁵ MORRIS, Narelle. Review of TANAKA, Yuki, Japan's Comfort Women: Sexual Slavery and Prostitution During World War II and the US Occupation. In: **Intersections: Gender, History and Culture in the Asian Context**, v. 9, ago., 2003. Disponível em: <http://intersections.anu.edu.au/>. Acesso em 27 ago. 2014.

³⁶ ASKIN, Kelly D. op. cit., p. 302.

práticas muito semelhantes às do sistema de mulheres de conforto durante a guerra, frequentemente conhecidas e encobertas pelas autoridades nacionais.³⁷

2.3 As questões de gênero no pós-Segunda Guerra: as Convenções de Genebra de 1949

A Convenção de Genebra de 1864, pela melhoria das condições dos feridos nos exércitos, já havia sido revisada em outras duas ocasiões posteriores, em 1906 e em 1929, nenhuma das quais está em vigor atualmente. Isso porque, em resposta ao massacre sistemático de milhões de civis durante a Segunda Guerra Mundial, as Convenções de Genebra originais terminaram por serem consideradas inadequadas. Foram, portanto, emendadas em 1949, resultando em quatro convenções, a quarta das quais se dedica à proteção de civis durante períodos de guerra.

As quatro convenções debruçam-se sobre a determinação de normas a respeito do tratamento de certos indivíduos envolvidos em conflitos beligerantes, quais sejam, os feridos, os doentes e os náufragos, além dos civis e prisioneiros de guerra durante conflitos armados. Tais Convenções por sua vez foram aditadas por dois protocolos adicionais em 1977, um dos quais direcionava-se a conflitos armados internacionais e o outro a conflitos não-internacionais.³⁸

Askin indica que apenas um artigo nas quatro Convenções de Genebra de 1949, e um em cada um dos posteriores protocolos adicionais proíbe de maneira explícita o estupro e a prostituição forçada. O artigo 27 da supramencionada Quarta Convenção de Genebra, que aborda a proteção à população civil em tempos de guerra, prescreve:

Pessoas protegidas tem o direito, em todas as circunstâncias, ao respeito às suas pessoas, sua honra, seus direitos familiares, convicções e práticas religiosas e seus hábitos e costumes. Devem ser tratados sempre de maneira humana e devem ser protegidos especialmente contra todos os atos de violência ou ameaças nesse sentido e contra a curiosidade pública. Mulheres devem ser especialmente protegidas contra qualquer ataque a sua honra, em particular, contra o estupro, prostituição forçada ou qualquer forma de abordagem indecente.³⁹

De maneira semelhante o artigo 76 (1) do Protocolo I afirma que “mulheres devem ser objeto de proteção especial e devem ser protegidas particularmente contra estupro, prostituição forçada e outras formas investidas indecentes.” O artigo 4 (2) (e) do protocolo II

³⁷ MORRIS, Narelle. op. cit.

³⁸ ASKIN, Kelly D. op. cit., p. 303-304.

³⁹ CRUZ VERMELHA. Convenções de Genebra. Disponível em:

http://www.cruzvermelha.pt/cvp_t/quemsomos/movimentocv/convencoes.asp. Acesso em: 14 set 2014.

proíbe “ultrajes contra a dignidade da pessoa, em particular, tratamento humilhante e degradante, estupro e prostituição forçada e quaisquer formas de investidas indecentes”.⁴⁰

A crítica da autora em relação ao documento presentemente analisado reside no fato de que, embora tenha expressamente reconhecido o crime de estupro contra mulheres, ele equivocadamente relacionou-o com crimes de honra e dignidade, ao invés de relacioná-lo com crimes de violência. Tal caracterização descaracteriza de forma grosseira o tipo penal e perpetua estereótipos diminuidores, escondendo a natureza sexual e violenta do crime.

Correlativamente de posiciona Campanaro⁴¹:

Embora existissem essas brechas, as acusações feitas perante o Tribunal de Nuremberg pareciam ignorar os abusos sexuais e as perseguições baseadas em orientação sexual. Essa falha não apenas ignorou o sofrimento de muitas pessoas, como perpetuou a noção de que essas condutas não eram tão graves como outros crimes, o que teria desdobramentos nas Convenções de Genebra de 1949.

Aponta, ainda, existir hoje amplo consenso no sentido de reconhecer que violações sérias às Convenções de Genebra podem ensejar responsabilidade criminal e serem punidas como crimes de guerra. Tal é que, durante os julgamentos de Nuremberg reconheceu-se não ser essencial que um crime seja definido e denunciado de acordo com um ordenamento ou estatuto específico, se for reconhecido como crime por convenção internacional, costume internacional reconhecido, práticas de guerra, ou princípios gerais de justiça criminal comuns entre os países civilizados.

Em conclusão, as leis de guerra têm implícita e explicitamente proibido o estupro de combatentes e não combatentes por séculos. De maneira crescente, esta proibição estende-se a outras formas de violência sexual, incluindo escravidão sexual, gravidez forçada, maternidade forçada, abortos forçados, esterilização forçada, casamento forçado, nudez forçada, abuso sexual, mutilação sexual, humilhação sexual e tráfico sexual.⁴²

Evidencia-se, assim, a escalada protagonizada pelos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional, intensificada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial. Em especial, beneficiou-se desse processo, ainda que timidamente nesta altura, a defesa contra os crimes de gênero cometidos durante conflitos armados, que até pouco tempo antes, eram considerados um mal necessário da guerra.

⁴⁰ Idem,

⁴¹ CAMPANARO, Jocelyn. op. cit.

⁴² ASKIN, Kelly D. op. cit., p. 305

3 QUESTÃO DE GÊNERO NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX

Na esteira da mudança de paradigma verificada por ocasião do fim da Segunda Guerra Mundial, e pelo impacto dos horrores do holocausto na comunidade internacional, constatou-se uma emersão dos Direitos Humanos como objeto central do Direito Internacional cogente, por sua vez, em franco processo de consolidação enquanto instância jurisdicional e normativa.

Nesse sentido é que Medeiros trata de aprofundar a análise:

No contínuo processo de internacionalização dos direitos humanos, originário das reflexões acerca das barbáries perpetradas pelos regimes totalitários durante a guerra, e que hoje caminha concomitantemente com o da globalização, revela-se, atualmente, um paradoxo: de um lado, reafirma-se a necessidade de uma renovada fundamentação da validade formal, agora em razão da condição pós-moderna (idéia da particularização/fragmentação exacerbada de conteúdos), e de outro, a insuficiência da opção formal (validade), devido à necessidade da afirmação de conteúdos materiais exigência de verdade), com pretensão de universalidade.⁴³

Correlativamente, posicionam-se Atique e Neme:

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é recente, tendo surgido após a Segunda Guerra Mundial, em meados do século XX, atribuída à crença de que ao menos parte das monstruosas violações de direitos humanos cometidas pelo Estado da era nazista poderia ter sido prevenida se existisse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.⁴⁴

Nesse contexto é quem vêm inserir-se as revisões do Direito Humanitário Pós-Segunda Guerra, bem como, um movimento intenso no sentido de normatizar e dar força cogente ao Direito Internacional, na segunda metade do século XX.

3.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Contemporaneamente às revisões ao Direito Humanitário, operadas através da reedição das Convenções de Genebra em 1949, deu-se também a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada através da Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral, por quarenta e oito votos a zero, havendo somente oito abstenções. Segundo

⁴³ MEDEIROS, Ana Letícia Brauna Duarte. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Filosofia na América Latina: contribuições para uma Possível Fundamentação Crítica. **Brazilian Journal of Latin American Studies**, v. 2, n. 4, p. 103-121, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/prolam/downloads/2005_2_5.pdf>. Acesso em: 16 out. 2014. p. 104

⁴⁴ ATIQUE, Henry; NEME, Eliana Franco. O processo de internacionalização como instrumento de efetivação dos direitos humanos: o sistema europeu e o sistema americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 95--106, 2009, p. 98. Disponível em < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/>> Acesso em> 18 out 2014.

Piovesan⁴⁵, a inexistência de quaisquer reservas aos princípios de Direitos Humanos consagrados pela Declaração é o que confere à mesma o significado de um código e plataforma comum de ação. Consolida, pois, a noção de uma ética universal.

Nesse sentido manifesta-se Cançado Trindade:

A noção de direitos inerentes à pessoa humana encontra expressão, ao longo da história, em regiões e épocas distintas. A formulação jurídica desta noção, no plano internacional é, no entanto, historicamente recente, articulando-se nos últimos anos, mormente a partir da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.⁴⁶

Correlativamente aduz Norberto Bobbio:

As declarações nascem como teorias filosóficas. Sua primeira fase deve ser buscada na obra dos filósofos. [...] A ideia de que o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo pode alienar (mesmo que, em caso de necessidade, ele os aliene, a transferência não é válida). [...] Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador. O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos) mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece. ... Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.⁴⁷

A Declaração de 1948 representa, portanto, uma terceira etapa na emersão dos direitos do homem, na qual, ao mesmo tempo em que se tornaram universais em seu alcance, tornaram-se, também, positivos no sentido da proteção efetiva que adquiriram, justamente pela ampla aceitação por parte dos Estados.

René Cassin⁴⁸ trata justamente do alcance universal da Declaração de 1948, ao observar que tal documento possui como uma de suas principais características a *amplitude*. Isto se dá na medida em que compreende uma gama de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não consegue desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Como

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209.

⁴⁶ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 17

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 29 e 30

⁴⁸ CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos em la sociedad universal. In: **Veinte años de evolución de los derechos humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 397.

segunda característica, Cassin elenca a *universalidade*, por ser a Declaração aplicável a todas as pessoas, de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

Membro da equipe elaboradora da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi por proposição de Cassin que, ao final dos trabalhos a Assembleia proclamou universal a Declaração que era, até então, internacional. Através de tal mudança, promoveu-se, conscientemente, por parte da comunidade internacional o reconhecimento de que o indivíduo é membro direto daquilo que foi chamado de Direito das Gentes. É, evidentemente, cidadão de seu país, porém é, também, cidadão do mundo, pela existência da proteção internacional que lhe era, a partir de então, assegurada. Nas palavras de Cassin: “A Declaração, adotada (com apenas 8 abstenções, em face de 48 votos favoráveis), teve imediatamente uma grande repercussão moral nas Nações. Os povos começaram a ter consciência de que o conjunto da comunidade humana se interessava pelo seu destino”.

Para Flávia Piovesan⁴⁹, o objetivo da Declaração Universal de 1948 é o de delinear uma ordem pública mundial que se baseie no respeito à dignidade humana e que, para tal, consagre valores básicos universais. Ressalta ainda a autora o fato de que, para a Declaração, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, e é essa universalidade dos direitos humanos que se mostrou fundamental para a ruptura absoluta com o legado nazista, responsável pela barbaridade de se condicionar a titularidade de direitos ao pertencimento à determinada raça, no caso, à raça “pura” ariana.

É aqui que reside a razão por que é fundamental a construção desta análise histórica da internacionalização dos direitos humanos para o presente trabalho. Esta concepção, que coloca a dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana consagrada na Declaração Universal, e advinda de um processo crescente de valorização dos Direitos Humanos, no âmbito das recém-criadas instituições de Direito Internacional Público, constitui a mesma concepção que viria a, posteriormente, ser incorporada por todos os tratados e declarações de Direitos Humanos que passariam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. O que inclui os tratados de proteção contra a violência de gênero.

Neste mesmo sentido, aduz Jorge Miranda:

[...] quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 210

parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada [...] em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, setorial e regional.⁵⁰

Flávia Piovesan inclui, ainda, outras características necessárias para a compreensão qualificada da Declaração de 1948. Segundo ela, a declaração introduz, ainda, a *indivisibilidade* de tais Direitos Humanos, ao conjugar, de forma inédita até então para o ordenamento jurídico internacional, o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Do texto da autora depreende-se, de forma clara, que um dos principais méritos da Declaração de 1948 é a dissolução inédita da dicotomia histórica entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. Isto porque, ao estabelecer duas categorias de direitos, a saber, a dos direitos civis e políticos e a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração trata de combinar o discurso liberal com o discurso social da cidadania, conjugando, assim, dois valores, até então, antagônicos: liberdade e igualdade.⁵¹

Paulo Bonavides⁵² explica as origens da dicotomia entre liberdade e igualdade de maneira correlata ao surgimento do próprio liberalismo e do Estado Liberal Constitucional. Aduz o autor que, na doutrina do liberalismo, que nasce como contraponto ao Estado Absolutista, o Estado sempre foi o fantasma que aterrorizou o indivíduo, de maneira que, o poder imprescindível ao Estado é visto, no início da moderna teoria constitucional, como o maior inimigo da liberdade.

Nesse sentido, é emblemático o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da França, de 1789, segundo o qual: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direito, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Têm-se, portanto, a técnica de contenção do poder do Estado, que inspirou a ideia dos direitos fundamentais e da divisão dos Poderes.

Assim é que, para Bobbio⁵³, a doutrina do Estado Liberal, nada mais é que a doutrina dos limites jurídicos à atuação do poder estatal. De tal forma que sem Individualismo não pode haver liberalismo. No contexto da época, portanto, o liberalismo surgia como uma legítima resistência à opressão do Estado Absolutista, através da consagração da ética

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, vol. 4, p. 30.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 210-211.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações, 1972., p 27.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988., p. 16-17

contratualista, segundo a qual os Direitos Humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade.

Avançando-se na história é, especialmente após a Primeira Guerra Mundial que, ao lado do discurso liberal da cidadania, adquire espaço, também, o discurso social da cidadania. Flavia Piovesan⁵⁴, aduz que, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos da então República Soviética Russa, em 1918. Segundo a autora, “do primado da liberdade se transita ao primado do valor da igualdade” e, neste contexto, o Estado passava a ser encarado como um agente transformador da realidade social, de modo que o direito à abstenção do Estado, converte-se em direito à atuação estatal, emergindo, assim, o direito à prestação social. Correlativamente à Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador Explorado da República Soviética Russa de 1918, as Constituições sociais do início do século XX, como a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917, consagraram em seus textos, justamente, esse discurso social da cidadania, segundo o qual a igualdade é que seria o direito basilar, e nas quais previa-se um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais.

A presente digressão histórica presta-se ao objetivo de destrinchar a grande dicotomia com que se apresentava a linguagem dos direitos: direitos civis e políticos *versus* direitos sociais, econômicos e culturais. E é justamente aqui que, segundo Piovesan⁵⁵, reside o caráter inovador da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: ela consagrou uma linguagem até então inédita, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, passando então a elencar, tanto direitos civis e políticos, constantes dos artigos 3º ao artigo 21, quanto os direitos sociais, econômicos e culturais, positivados nos artigos 22 até 28.

Neste ponto, destaca a referida autora, as duas principais inovações trazidas pela declaração de 1948. Seriam elas: a) a inovação de “parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos, e os direitos econômicos, sociais e culturais”; e b) “afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos”.⁵⁶

Nesse sentido manifestam-se Atique e Neme:

À luz dessa perspectiva histórica, observa-se a introdução da indivisibilidade dos direitos humanos como outro característico da Declaração de 1948, decorrente da inédita conjugação do catálogo de direitos civis e políticos, ou seja, os direitos de primeira geração, relativos à liberdade, ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda geração, ligados ao valor da igualdade. Até então, era intensa a dicotomia de tratamento desses direitos. Dessa forma, os diferentes direitos

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 212.

⁵⁵ *ibid.*, p. 213.

⁵⁶ *ibid.*, p. 214.

humanos se inter-relacionam e são interdependentes entre si, constituindo um complexo integral, único e indivisível.⁵⁷

Coaduna com as visões apresentadas o trabalho de Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional⁵⁸. O autor classifica como direitos de primeira geração aqueles relativos à liberdade, que consistem nos primeiros a serem elencados no instrumento normativo constitucional, isto é, os direitos civis e políticos, historicamente equivalentes à fase inaugural do constitucionalismo no ocidente, como já exposto no presente trabalho. Classifica, ainda, enquanto direitos de segunda geração, os direitos sociais culturais e econômicos, sendo esses já mais característicos do século XX, tendo sido introduzidos no constitucionalismo do Estado Social. Aborda, também, os direitos de terceira geração, os quais, destinam-se não à proteção específica dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado, mas tem como destinatário o gênero humanos, em si. Consagra, pois, os direitos da fraternidade, isto é, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Com relação à Declaração, conclui Flávia Piovesan⁵⁹ ter esta introduzido a noção contemporânea de Direitos Humanos, qual seja, a que conjuga o valor da liberdade com o da igualdade. Dessa forma, se compreendermos os Direitos Humanos através do critério metodológico que os classifica em gerações, será possível assimilar que uma geração de direitos não substitui, nem revoga a outra, mas com ela interage. Afasta-se, destarte, a equivocada noção de sucessão geracional de direitos. A autora ressalta, ainda, o ponto central na abordagem introduzida pela Declaração de 1948: ao apresentar os Direitos Humanos como uma unidade indivisível, a Declaração esvazia o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade. Da mesma forma, esvazia-se o direito à igualdade, quando não assegurado o direito a liberdade.

Ainda a respeito da referida indivisibilidade, a autora arremata afirmando que, na carência de efetividade para os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Da mesma forma que, uma vez não concretizados os direitos civis e políticos, pelo que ela entende a efetividade da liberdade em seu sentido mais amplo, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há que se falar, portanto, de liberdade divorciada de justiça social, tal qual, é infrutífero falar da justiça social se não há garantia de liberdade.

⁵⁷ ATIQUÉ, Henry; NEME, Eliana. op. cit., p. 99.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2008., p. 474-482.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 215

Para Richard Pierre Claude e Burns H. Weston⁶⁰, a conjugação dos direitos relativos à igualdade com os relativos à liberdade expressa demandas sobre uma série de valores importantes. Seriam eles:

1) Respeito (insistindo, por exemplo, na não discriminação); 2) Poder (clamando por uma ampla participação política); 3) Recursos materiais; 4) Lucidez (envolvendo o conhecimento e a informação); 5) bem-estar (garantias de sobrevivência do indivíduo e de grupos sociais); 6) habilidades (otimizando talentos e auxiliando nas deficiências); 7) Afetividade (liberdade de dar contribuições e recebe-las de grupos de sua própria escolha) e; 8) Integridade moral (requerendo uma ordem pública na qual os indivíduos possam agir com responsabilidade orientados pelo interesse comum). Direitos humanos, concebidos em termos destes 8 valores, envolvem a preocupação em criar uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana.

Tal indivisibilidade encontra-se positivada na Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo a qual: “Todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si e são indivisíveis e interdependentes”.⁶¹ Tal concepção restou posteriormente reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993⁶², a qual, em seu parágrafo 5º aduz que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

A respeito do valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Atique e Neme⁶³ destacam que, apesar de a Declaração de 1948 não constituir um tratado, e sim uma resolução, não tendo, portanto, força de lei, é este documento que encerra em seu conteúdo a demarcação da concepção contemporânea de Direitos Humanos. Seria este o motivo pelo qual a Declaração é considerada “a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’” que consta da Carta das Nações Unidas de 1945, e por isso mesmo, é que teria sim força jurídica vinculante. Aduzem, ainda, os autores que, para outra corrente, a força jurídica vinculante emanada da Declaração, adviria do fato de ela integrar o Direito Costumeiro e os princípios gerais do direito.

No mesmo sentido manifesta-se Flávia Piovesan, para quem:

[...] a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é

⁶⁰ CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (eds.). **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989., p. 5.

⁶¹ NAÇÕES UNIDAS. 1977. Assembleia Geral. Alternative approaches and ways and means within the United Nations System for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Doc. ONU A/RES/32/130, 32ª Sessão.

⁶² NAÇÕES UNIDAS. 1993. Assembleia Geral. Declaração de Direitos Humanos de Viena. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_English.pdf> Acesso em 30 out. 2014.

⁶³ ATIQUE, Henry; NEME, Eliana. op. cit., p. 100.

reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional.⁶⁴

A convenção internacional dos direitos humanos constitui, portanto, o primeiro e o maior marco normativo a deter a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”. Teria, portanto, influência definitiva em todos os marcos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos que viriam a ser aprovados no decorrer da segunda metade do século XX, dentre os quais encontra-se a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.

3.2 A Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher

Segundo as lições de William A. Schabas⁶⁵, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, embora tenha constituído um padrão comum de ação, não estabeleceu normas de direitos humanos que tivessem força cogente, vinculante, por ser essa uma iniciativa ousada para a qual os membros da organização não estavam preparados. O autor aduz ainda que, desde 1948, a adoção de tratados internacionais, cujas ratificações tornaram-se cada vez mais comuns, tem cumprido o papel de instrumentalizar o cumprimento das promessas da Declaração. Neste cenário é que se insere, por exemplo, a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, a qual tem, hoje em dia, força vinculante em virtualmente todos os países do mundo, com a exceção dos Estados Unidos e da Somália. Assim é, também, que se insere a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês), a qual conta hoje com um número impressionante de ratificações.

No contexto da emergência do movimento feminista que, aos poucos, tornava-se mais articulado, o ano de 1975 foi proclamado como o Ano Internacional da Mulher, tendo sido marcado, também, pela realização da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, na Cidade do México. É neste contexto que, em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 220

⁶⁵ SCHABAS, William A., *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child*. 3 *Wm. & Mary J. Women & L.* 79 (1997), <<http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol13/iss1/4>>, Acesso em 01 nov 2014, p. 79.

sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a qual, até outubro de 2014 contava com 188 Estados-partes.⁶⁶

Relatório elaborado pela Anistia Internacional⁶⁷ define a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (a CEDAW), ainda hoje, como o único tratado internacional voltado inteiramente para os direitos das mulheres, bem como, o principal marco responsável pelos notáveis avanços na consecução de garantias relativas aos direitos das mulheres nos vinte e cinco anos que se seguiram à sua adoção, embora o relatório reconheça que ainda há muito a ser conquistado.

Nas palavras de Silva Pimentel,⁶⁸ são duas as principais frentes propostas pela CEDAW, quais sejam, as de promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e de coibir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte. A adoção da CEDAW representou o ápice de décadas de esforço e articulação internacional com vistas à proteção e à promoção dos direitos das mulheres no mundo todo. Resultou de iniciativas advindas de dentro da Comissão do Status da Mulher (CSW, na sigla em inglês), órgão já existente dentro da ONU desde 1946, e que tinha como objetivo criar recomendações e formulações aos vários países signatários.

Pimentel atesta, ainda, ter sido a CEDAW amplamente baseada na Carta das Nações, na medida em que, assim como aquele documento busca concretizar, este estabelece expressamente entre homens e mulheres. Da mesma forma, baseia-se, ainda, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual todos os direitos e liberdades humanos devem ser estendidos, igualmente, a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza. A referida Comissão do Status da Mulher trabalhou, entre os anos de 1949 e 1962, na elaboração de uma série de Tratados, dentre os quais se incluíam: A Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); A Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); A Convenção sobre o Consenso para o Casamento, Idade Mínima para o Casamento e Registro de Casamentos (1962); tais tratados tinham como objetivo maior a consecução de uma efetiva proteção e promoção dos direitos das mulheres nas áreas em que se constatasse as maiores vulnerabilidades. Através dos esforços empreendidos de 1965 em diante, foi possível, em 1967, a adoção da Declaração para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a qual

⁶⁶ NAÇÕES UNIDAS. A ONU e as mulheres. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-mulheres/> > Acesso em: 30 de out. 2014.

⁶⁷ INTERNATIONAL AMNISTY. 2004. Reservations to the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women: Weakening the protection of women from violence in the middle east and north Africa region. AI Index: IOR 51/009/2004. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/info/IO51/009/2004/en>> Acesso em 31 out 2014., p 2.

⁶⁸ PIMENTEL, Sílvia. **A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher**: CEDAW 1979. Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres: Brasília, 2008., p. 2;

incluía, em um único instrumento legal padrões de âmbito internacional para a consecução da igualdade de direitos entre homens e mulheres. Não restou efetivada como tratado de força jurídica vinculativa, entretanto, tal declaração. Muito embora dotada de notável força moral e política, este primeiro documento não se debruçava à função de estabelecer obrigações.

Em 1972, a CSW contemplou a possibilidade de elaboração de um tratado que concedesse força cogente à Declaração, elaboração essa encampada, principalmente, pelo Plano Mundial de Ação, por ocasião do já mencionado Ano Internacional da Mulher, das Nações Unidas. Tal plano propunha a elaboração de uma Convenção munida de instrumentos práticos aptos a proporcionar sua efetiva implementação, objetivo para cuja consecução concorreu a Assembleia Geral da ONU, conferindo grande impulso ao movimento através, por exemplo, da declaração do período de 1976-1985 como a década das Nações Unidas para a Mulher.

Nas lições de Pimentel⁶⁹, a CEDAW, à qual a autora chama “Convenção da Mulher” deve ser entendida como um parâmetro mínimo para as ações estatais com vistas a promover os direitos humanos das mulheres, bem como, a reprimir violações, tanto em âmbito público, quanto em âmbito privado. A autora define a CEDAW como a Carta Magna dos direitos das mulheres e, para ela, o documento simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas.

Em consonância com Pimentel, manifesta-se Flávia Piovesan⁷⁰, ao atestar que a CEDAW se baseia na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A CEDAW trata, portanto, do princípio da igualdade, seja enquanto obrigação vinculante, seja como objetivo. Desse modo, a Convenção busca não apenas erradicar a discriminação contra a mulher, e suas causas, através da adoção de uma vertente repressivo-punitiva, como visa também, estimular estratégias de promoção da igualdade, isto é, ações afirmativas, de vertente positivo-promocional.

Assim é que, nos termos do artigo 1º da CEDAW, fica definida a discriminação contra a mulher como:

[...] toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.⁷¹

⁶⁹ PIMENTEL, Silvia. op. cit., p. 3.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p 275.

⁷¹ NAÇÕES UNIDAS. 1979. Assembleia Geral. Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em: <<http://www.mulheres.org.br/violencia/leis/pdf>> Acesso em 02 nov. 2014

Bem como, a CEDAW, em seu artigo 4º, à semelhança da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, prevê a possibilidade de adoção das supramencionadas “ações afirmativas”, como importante medida a ser adotada pelos Estados com vistas a acelerar o processo de mitigação da desigualdade intergêneros.

Neste aspecto, manifesta-se Andrew Byrnes⁷², ao aduzir que a CEDAW contém diferentes perspectivas a respeito das causas de opressão contra as mulheres e as medidas necessárias para o adequado enfrentamento das mesmas. Aduz o autor que ela impõe a obrigação de assegurar que às mulheres seja concedida uma igualdade formal perante a lei, ao mesmo tempo em que reconhece como imprescindível a adoção de medidas temporárias de ações afirmativas, para que tais garantias de igualdade formal se transformem em realidade. Fora isso, Byrnes aponta, ainda, que inúmeras previsões da CEDAW também incorporam a preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres devem estar sob o controle delas próprias, sendo de responsabilidade do Estado assegurar que as decisões das mulheres não sejam feitas sob coerção e não sejam prejudiciais a elas mesmas, em termos de acesso a oportunidades sociais e econômicas.

3.2.1 A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher no ordenamento jurídico brasileiro

É importante destacar também a importância das políticas internas dos Estados signatários da CEDAW, que visem por em prática tanto das medidas de coerção a práticas discriminatórias, quando as medidas de promoção da igualdade.

É neste aspecto que se manifesta Silvia Pimentel⁷³. A autora entende que a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere de forma automática o seu efetivo exercício. Para que tal objetivo se perfaça, faz-se necessária a participação conjunta dos três poderes do Estado: O Legislativo, que deve atuar no sentido de adequar a legislação nacional aos parâmetros igualitários; o Executivo na elaboração e aplicação de políticas públicas dedicadas à concretização dos direitos das mulheres; e o Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres e no uso das Convenções Internacionais de Direitos Humanos na fundamentação das decisões de juízes e tribunais.

⁷² BYRNES, Andrew C. The 'Other' Human Rights Treaty Body: The Work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 14 Yale J. Int'l. L. 1 (1989)., p. 1.

⁷³ PIMENTEL, Silvia. op. cit., p. 4;

É este o sentido que indicam os dispositivos da própria CEDAW. Os artigos 1º a 6º da Convenção aduzem que os Estados-partes concordam em tomar medidas eficazes no sentido de avançar rumo à concretização dos direitos das mulheres. Tais medidas estariam na forma de atos constitucionais, legislativos e administrativos, dentre outros, incluindo medidas de caráter temporário, tais quais, ações afirmativas, mudanças nos padrões sociais e culturais de conduta, bem como a supressão do tráfico de mulheres e da exploração da prostituição feminina. Os artigos 7º e 9º da Convenção indicam expressamente que os Estados-parte, através da ratificação, se comprometem a eliminar a discriminação contra a mulher na vida pública e política. Já o artigos 10 a 14 tratam da discriminação num aspecto mais cotidiano, requerendo dos Estados que eliminem a discriminação na educação, no trabalho, na saúde, na vida social, cultural e econômica das mulheres.

Os artigos 15 e 16 estabelecem concordância por parte dos Estados signatários em promover a igualdade entre homens e mulheres perante a lei e no exercício de seus direitos legais, bem como, no âmbito das leis que protegem o casamento e a família; Os artigos 17 a 24 estabelecem a competência do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher para avaliar os resultados e avanços alcançados pelos países signatários. Estabelecem, ainda, o resumo das obrigações reportadas pelos Estados-parte, o encaminhamento dos períodos de encontros do Comitê, jurisdições e obrigações reportadas.

Os artigos 25 a 27 dedicam-se a provisões sobre a participação nos tratados, procedimentos para revisão e atualização e designam a Secretaria Geral das Nações Unidas como depositária. Já o 28 possibilita aos Estados signatários a adoção de reservas ao texto da CEDAW, estabelecendo porém as reservas consideradas incompatíveis com seu objetivo e propósito e que, portanto, não serão toleradas. Os artigos 29 e 30, por fim, debruçam-se sobre os conflitos de interpretação do texto da Convenção, bem como, sobre tudo aquilo relativo à autenticidade do texto da CEDAW nos 6 idiomas oficiais da ONU: árabe, chinês, francês, inglês, russo e espanhol.

No tocante ao ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a CEDAW, Flávia Piovesan⁷⁴ destaca que a Constituição Federal de 1988 encontra-se em absoluta harmonia com a Convenção, já que as duas vertentes previamente discutidas no presente trabalho, quais sejam, a vertente repressivo-punitiva (dedicada à proibição da discriminação) e a positivo-promocional (relativa a promover afirmativamente a igualdade), estão contempladas pelo texto constitucional.

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. op.cit., p. 276;

O Texto constitucional, ao longo dos trabalhos da assembleia constituinte, assimilou quase que a totalidade das reivindicações do movimento de mulheres. Tal sucesso para as demandas femininas pode ser facilmente verificado por diversos dispositivos da Constituição, dentre os quais podemos citar: O artigo 5º, I, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres em geral, bem como o artigo 266, §5º que estabelece esta igualdade dentro do âmbito familiar; O artigo 7º, XXX, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, e que foi posteriormente regulamentado pela Lei n. 9029/95, que proíbe, por sua vez, a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas de cunho discriminatório, como requisitos para efeitos admissionais e ou de permanência da relação jurídica de trabalho; O artigo 7º, XX, que concede proteção especial à mulher no mercado de trabalho, inclusive, mediante incentivos específicos. Este artigo foi regulamentado pela Lei n. 9.799/99, o qual inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho, regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho; O artigo 226, § 7º, que consagra o planejamento familiar como livre decisão do casal, com estabelecimento de dever por parte do Estado de propiciar recursos educacionais e científicos para o pleno exercício desse direito. Este artigo está regulamentado pela Lei n. 9.263/96, que trata do planejamento familiar no âmbito do atendimento global e integral à saúde; o artigo 226, § 8º, que estabelece como dever do Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares. Este artigo está regulamentado pela Lei n. 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por fim, além destes avanços inaugurados pela atual ordem constitucional, é importante ressaltar a Lei n. 9.504/97, que instituiu normas relativas ao processo eleitoral, visando garantir que cada partido tenha no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas para cada sexo.

3.2.2 Reservas à Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher

A CEDAW é amplamente reconhecida como um tratado de repercussão paradoxal. Isso porque, ao mesmo tempo em que teve uma ampla adesão por parte dos Estados, constituindo o segundo tratado em número de Estados-partes, perdendo apenas para a Convenção sobre os Direitos das Crianças, enfrenta o paradoxo de ser o tratado que recebeu o maior número de reservas formuladas pelos Estados dentre os tratados de internacionais de direitos humanos.

Segundo a Anistia Internacional⁷⁵, vários dos países signatários da CEDAW elaboraram declarações ou reservas, as quais, na prática, excluem ou diminuem gravemente a aplicabilidade doméstica da Convenção. Dentre os países africanos e do Oriente Médio, pesquisados pela Anistia, a maioria deles estabeleceu reservas baseadas na lei da Shari'a (o Direito Islâmico), ou em incompatibilidades com leis nacionais previamente existentes. Vale ressaltar, no entanto, que a CEDAW, em seu artigo 28, veda a elaboração de reservas ao texto da Convenção que contrariem o espírito ou “o objeto e a força” da mesma.

No entendimento manifestado por William Schabas⁷⁶, a respeito de uma definição jurídica para as reservas a um tratado, o autor as aponta como um posicionamento unilateral formulado por um Estado, quando da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou consentimento a um tratado, cuja intenção é excluir, ou modificar o efeito legal de certas provisões do tratado na sua aplicação naquele Estado específico. Schabas elucida ainda que a prática de formular reservas a convenções surgiu após a adoção do primeiro tratado de Direitos Humanos pelo sistema norte-americano, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, em 1948. Como tal convenção não possuía nenhum dispositivo que expressamente autorizasse a adoção de reservas, muitos países consideraram que as eventuais reservas feitas eram ilegais e que, portanto, invalidariam a ratificação do tratado pelo país que as ratificou. A Corte Internacional de Justiça, entretanto, publicou uma orientação no sentido de que uma objeção de pequeno porte não deveria ter o condão de invalidar a ratificação. Por outro lado, a Corte adicionou ainda que, o direito a fazer reservas não era ilimitado, afirmando que tais reservas só seriam aceitáveis caso fossem compatíveis com o objeto e o propósito da Convenção. Tanto esta regra, quanto outros princípios legais concernentes aos efeitos de reservas seriam posteriormente codificados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O artigo 28 da CEDAW, expressamente permite a possibilidade de reservas, a saber:

- Artigo 28 – 1. O Secretário-Geral das Nações Unidas receberá e enviará a todos os Estados o texto das reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou adesão.
2. Não será permitida uma reserva incompatível com o objeto e o propósito desta Convenção.
3. As reservas poderão ser retiradas a qualquer momento por uma notificação endereçada com esse objetivo ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que informará a todos os Estados a respeito. A notificação surtirá efeito na data de seu recebimento.

⁷⁵ ANISTIA INTERNACIONAL, op. cit., p. 3.

⁷⁶ SCHABAS, William A. op.cit. p., 79.

Não obstante a ressalva no item 2, que adstringe as possibilidades de reservas às que não atentem contra o objeto e o propósito da Convenção, segundo Rebeca Cook, a CEDAW é o instrumento que mais fortemente recebeu reservas, dentre as Convenções internacionais de Direitos Humanos.⁷⁷

Para que se tenha uma noção mais apurada, segundo a autora, ao menos 23 dos 100 Estados-partes fizeram, ao todo, 88 reservas substanciais. Fora isso, existem, ainda, 25 reservas feitas em relação ao artigo 29, relativas à forma de solução de disputas, a respeito do que a Convenção prevê a submissão da controvérsia à arbitragem da Corte Internacional de Justiça.

De acordo com Relatório da Anistia Internacional⁷⁸ a respeito da aplicação da CEDAW, por exemplo, apenas Irã, Omã, Catar, e Emirados Árabes não ratificaram ou consentiram com a Convenção, dentre os países do Oriente Médio, porém, quase que a totalidade daqueles que a ratificaram entraram com uma extensa lista de reservas, reduzindo de maneira contundente a aplicabilidade do tratado no plano interno destes países.

Segundo o que contam as lições de José Augusto Lindgren Alves, a maior parte das reservas elaboradas pelos Estados-partes diz respeito ao artigo 29, que prevê submissão à Corte Internacional de Justiça de controvérsias entre Estados-partes, relativas à aplicação da CEDAW.⁷⁹ Outro dispositivo contra o qual foi erigido um elevado número de reservas é o Artigo 16, que diz respeito à eliminação da discriminação no casamento e na família. Ainda muitas outras versam a respeito da possibilidade de adoção de ações afirmativas, previstas pelo Artigo 4º; da previsão de medidas para a eliminação de preconceitos e estereótipos, constante do Artigo 5º; a respeito da eliminação da discriminação na vida política e pública, presente no Artigo 7º; a respeito da igualdade nos direitos a cidadania, positivada pelo Artigo 9º; da eliminação da discriminação na educação (Artigo 10) e no emprego (Artigo 11); da igualdade de direitos trabalhistas, também constante no Artigo 11; do acesso igualitário ao crédito financeiro, constante do Artigo 13 e a plena capacidade legal do Artigo 15. Mais graves, no entanto, são as reservas relativas à própria definição de discriminação contra a mulher (Artigo 1º) e o compromisso de erradicar a discriminação (Artigo 2º) foram, também, objeto de reservas.

⁷⁷ COOK, Rebecca. Reservations to the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women. *Vanderbilt Journal of International Law*. V. 30., 1990., p. 643.

⁷⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. op. cit., p. 3.

⁷⁹ LINDGREN ALVES, José Augusto. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997., p. 120-121.

Diante deste quadro, Alves conclui que tal proliferação de reservas incompatíveis com o “objeto e propósito” da Convenção, que entram em choque direto tanto com o parágrafo 2º do seu Artigo 28 (cuja função é justamente limitar o escopo das reservas), quanto com a Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, não chegam a esmaecer a importância do documento para a comunidade internacional. Constituem, porém, nas palavras do autor “atos despiciendos”, senão, em “um embuste”.

Correlativamente adverte Schabas⁸⁰ que tem se tornado de percepção geral que a prática de estabelecer reservas a tratados internacionais de Direitos Humanos tem sido excessiva nos últimos anos. Alguns Estados acompanham suas ratificações com reservas que são tão extensivas que esvaziam de sentido a própria ratificação.

Assim é que elenca também Flávia Piovesan. A autora destaca o fato de parte significativa das reservas ter se concentrado na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres e de tais reservas terem tido como justificativas, argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal. Cita, inclusive, os exemplos de países como Bangladesh e Egito, que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de agirem fundados em imperialismo cultural e intolerância religiosa por impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres na família, de matriz eminentemente ocidental. Para Piovesan, tal fato serve tão somente como reforçador do quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado e que, em grande parte das culturas mundo afora, encarcera a mulher de maneira a deixá-la adstrita ao espaço doméstico da casa e da família. Piovesan aponta, portanto, que apesar dos notáveis avanços da participação feminina nos espaços públicos, nas mais diversas arenas sociais, é ainda grande o desafio de democratização dos espaços privados, sendo esta, de fundamental importância para a própria democratização do espaço público.

No tocante às reservas justificadas por leis anteriormente existentes, a autora ressalta que, quando da ratificação da CEDAW, 1984, o Estado brasileiro apresentou, ele próprio, reservas ao Artigo 15, §4º, e ao 16, §1º (a), (c), (g) e (h). O Artigo 15 é aquele que assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. O Artigo 16, por outro lado, estabelece igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento e nas relações familiares. Assim foi devido ao fato de que, o Código Civil então em vigor era, ainda, o de 1916 que, naturalmente, ainda consagrava a família patriarcal.

⁸⁰ SCHABAS, William A. op. cit., p. 3.

Somente em 20 de dezembro de 2014 é que o governo brasileiro notificou o Secretário-Geral das Nações Unidas acerca da eliminação de tais reservas.⁸¹

3.2.3 O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e o Protocolo Facultativo

Tal qual determinado pelo Artigo 17 da CEDAW, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher constitui um corpo de monitoramento, composto por líderes mulheres que controlam o progresso e o *status* das mulheres nos países que ratificaram a Convenção. O comitê tem a responsabilidade de revisar relatórios periódicos elaborados por cada um dos países ratificadores da Convenção, nos quais aqueles descrevem a implantação interna de suas obrigações relativas ao tratado. O comitê elabora, então, Recomendações Gerais, baseadas nos relatórios dos países, contendo a avaliação do comitê das Obrigações do Estado para com a Convenção.

O comitê é formado por vinte e três especialistas nomeados e eleitos pelos Estados-partes, que servem durante mandatos de quatro anos podendo ser reeleitos. É importante que se destaque que, embora sejam indicados pelos governos dos Estados-partes, tais representantes atuam por conta própria no Comitê, não constituindo representantes daqueles governos no Comitê. Os relatórios devem ser enviados pelo menos de quatro em quatro anos destacando os esforços para implementar as obrigações legais para com a Convenção.⁸²

Até relativamente pouco tempo atrás, o Comitê e os relatórios prestados pelos Estados-partes eram os únicos meios de monitoramento da aplicação da Convenção no âmbito interno dos países. O Comitê teve, portanto, durante muito tempo, uma atuação demasiadamente limitada, pois restringia-se à apreciação destes relatórios.

Neste sentido manifestou-se Andrew Byrnes, ainda na década de 1980, quando demonstrou, em sua visão crítica da atuação do Comitê, que este pouco tinha poderes judiciais que o habilitassem a sancionar um Estado-parte, responsável por violação à Convenção. Também carecia de poder no sentido de oferecer recomendações a Estados específicos tendo,

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *op.cit.*, p 274.

⁸² GLOBAL JUSTICE CENTER. 2007. **Legal Tools for the Establishment of Gender Equality through International Law**. Disponível em: <<http://worldpulse.com/files/upload/tools.pdf>> Acesso em: 15 set. 2014

à época, como meio mais eficaz de pressão em Estados, para que estes cumprissem suas obrigações relativas à Convenção, a mera revisão pública de relatórios.⁸³

Foi neste contexto, e no sentido de fortalecer a sistemática de monitoramento da CEDAW que, desde 1993, recomendações como a feita pela Convenção de Viena na mencionada data, no sentido da criação de instrumentos que tornassem a proteção mais acessível e, portanto, mais efetiva às mulheres. Recomendou-se então que novos procedimentos fossem adotados a fim de fortalecer o processo de consecução da igualdade real para as mulheres. Sugeriu-se então a introdução no sistema de proteção internacional às mulheres o direito de petição, através da elaboração de um protocolo optativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Nos dizeres de Flávia Piovesan tal proposta foi de notável importância, uma vez que a medida sugerida constitui a forma mais eficaz de monitoramento dos direitos humanos enunciados em nível internacional.

Outra proposta de grande relevância foi a da introdução do mecanismo de comunicação interestatal, que permite que um Estado comunique violações cometidas por outro Estado. Embora jamais tenha sido invocado, tal instrumento encerra grande importância simbólica.

Em 12 de março de 1999, durante a 43ª sessão da Comissão do Status da Mulher da ONU, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher foi concluído. Através dele deu-se a instituição mecanismos estratégicos para o monitoramento do avanço no combate à discriminação e à violência contra a mulher. O primeiro foi o mecanismo de petição, através do qual tornou-se possível o encaminhamento de denúncias de violação de direitos garantidos pela Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. O segundo consistiu em um procedimento investigativo, o qual habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres.

Como resultado de tais avanços, até maio de 2011, o Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação havia recebido 27 petições individuais, dentre as quais, 6 casos haviam sido examinados até então, tendo o comitê considerado a existência de legítima violação em 4 deles.⁸⁴

⁸³ BYRNES, Andrew C. op. cit., p. 1.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. op.cit., p. 281

4 A MUDANÇA DE PARADIGMA NO TRATAMENTO DAS QUESTÕES DE GÊNERO VERIFICADA NOS TRIBUNAIS PENAIIS INTERNACIONAIS *AD HOC* DA EX-IUGOSLÁVIA E DE RUANDA

Durante o início da década de 1990, o Conselho de Segurança da ONU estabeleceu duas comissões de especialistas para investigar as alegações de grotescas violações de Direitos Humanos e do Direito Humanitário, por ocasião dos intensos conflitos armados que se desenrolaram naquela década na antiga Iugoslávia e em Ruanda.

No caso iugoslavo, relatórios documentados e descobertas preliminares incluíam o cometimento generalizado e sistemático de estupro, com o objetivo de levar adiante o ideal de “limpeza étnica”. Neste diapasão é que, sob o amparo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança da ONU clamou pelo estabelecimento um tribunal penal internacional *ad hoc* para crimes de guerra. Assim foi instalado o Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia (ou ICTY, na sigla em inglês), com a finalidade precípua de processar pessoas responsáveis pelas sérias violações do Direito Humanitário Internacional cometidas no território da ex-Iugoslávia, desde 1991.

Em meados de 1994, em resposta ao massacre em massa ocorrido logo em seguida, em Ruanda, a ONU indicou um relator especial para aquele país, o que, rapidamente, resultou no estabelecimento, pelo Conselho de Segurança, de uma Comissão de Especialistas com vistas a investigar os relatos de sérios crimes cometidos durante o conflito armado em Ruanda. Incentivados pelas fortes evidências de que cerca de seiscentas mil pessoas haviam sido massacradas durante o conflito que durou algo em torno de 100 dias, o Conselho de Segurança instituiu, com fulcro no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, estabeleceu o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, na sigla em inglês) cujo objetivo era processar as pessoas responsáveis por genocídio e outras sérias violações ao Direito Humanitário cometidas no território de Ruanda, e estados vizinhos entre 1º de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994.⁸⁵

A respeito do Relatório Final da Comissão de Especialistas para Ruanda, manifesta-se Askin⁸⁶, ao dizer que, embora o mesmo tenha registrado poucos crimes substantivos em profundidade, o relatório foi capaz de anotar com destaque o fato de que relatos perturbadores haviam sido coletados, os quais documentavam o sequestro e estupro de

⁸⁵ S.C. Res. 955, U.N. SCOR, 49ª Sess., 3453d mtg. em 15, U.N. Doc. S/INF/50 Annex (1994);

⁸⁶ ASKIN, Kelly D. Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles, 21 Berkeley *J. Int'l Law*. n. 288, 2003. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss2/4>

garotas e mulheres em Ruanda. A gravidade da situação pode ser adequadamente exposta através da conclusão expressa pelo Relator Especial ao final dos trabalhos: “o estupro era a regra, e sua ausência a exceção”.

Tanto o Tribunal de Ruanda, quanto o da Ex-Iugoslávia tiveram suas competências estabelecidas através de estatutos, os quais, nos dois casos, limitaram a atuação dos Tribunais três tipos penais básicos: a) Crimes de guerra; b) Crimes contra a humanidade; e c) o crime de genocídio. Os estatutos de ambos os tribunais definem o genocídio de maneira semelhante, isto é, tal qual o define a própria Convenção do Genocídio. Diferem, no entanto, a respeito das definições dos tipos penais de crime de guerra e crime contra a humanidade, casos em que, no entendimento de Askin⁸⁷ esta diferença reflete as especificidades da natureza de cada um dos conflitos em tela, bem como, os diferentes crimes cometidos e os interesses do Conselho de Segurança da ONU com o estabelecimento dos Tribunais em cada um dos países. A autor exemplifica as diferenças supramencionadas:

Por exemplo, os artigos 2 e 3 do Estatuto do Tribunal da Ex-Iugoslávia contém as provisões a respeito do crime de guerra, e concedem ao Tribunal jurisdição sobre violações da Convenção de Genebra de 1949 e sérias violações das leis ou costumes de guerra. O artigo 4 do Estatuto do Tribunal de Ruanda contém as provisões do crime de guerra e concede a este Tribunal jurisdição sobre violações ao Protocolo Adicional II de 1977 e ao Artigo 3 da Convenção de Genebra.⁸⁸

Apesar das diferenças ressaltadas pela autora, ambos os estatutos zelam pela responsabilidade individual aos que participaram através de planejamento, instigação, ordens, cometimento ou que, de quaisquer outras formas, ajudaram ou encobriram qualquer dos crimes acima mencionados; Eles estabelecem responsabilidade superior para aqueles que sabiam, tinha razão para saber que um subordinado estava para cometer ato de tal natureza ou que o havia cometido e o superior falhou em tomar as necessárias e razoáveis medidas para prevenir tais atos ou punir os perpetradores dos mesmos.

Segundo Phelps⁸⁹, os crimes de guerra e o Direito Internacional apresentam grandes questões relativas a jurisdição, precedente e ausência de autoridade. Tais questões têm infectado todas as tentativas históricas de processar os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade mesmo que, paradoxalmente, estes constituam justamente os crimes cometidos em maior escala e os mais devastadores. Faz-se imprescindível, portanto, a determinação das formas mais efetivas do processamento de tais crimes.

⁸⁷ ASKIN, Kelly D. op. cit., p. 19.

⁸⁸ Idem, p. 20-21.

⁸⁹ PHELPS, Andrea R. Gender-Based War Crimes: Incidence and Effectiveness of International Criminal Prosecution, *Wm. & Mary J. Women & L.* n. 499, 2006.

O terceiro e último capítulo do presente trabalho visará demonstrar, através de análise jurisprudencial de alguns julgados considerados mais inovadores no âmbito dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* de Ruanda e da Ex-Iugoslávia, a tese de que os avanços na internacionalização da proteção aos Direitos Humanos, através da relativização daquilo que é matéria de direito internacional público e o que é matéria de direito privado, ainda que relutantes, foram inovadores e fundamentais na proteção internacional contra a violência de gênero, especialmente no que tange a conflitos internos, porém de repercussão internacional.

4.1 Os tipos penais processados pelos Tribunais *ad hoc* de Ruanda e da Ex-Iugoslávia

Na esteira de Phelps⁹⁰, entende-se que os crimes de guerra historicamente afetam mulheres de maneira desproporcional e, no entanto, processar esses crimes tem sido uma difícil tarefa ao longo do tempo, uma vez que se carece de regras estabelecidas, bem como, de organizações e procedimentos específicos, o que infelizmente aconteceu nos primeiros casos de processamento internacional de crimes de guerra. Adicionalmente, há o problema de que estes tipos específicos de crimes cometidos de maneira desproporcional contra populações femininas são, tradicionalmente, ignorados e marginalizados: apesar de serem os crimes mais cometidos em qualquer conflito armado, os crimes baseados em gênero são frequentemente os mais negligenciados.

4.1.1 Crimes de guerra

O tipo penal “Crime de Guerra” constitui um dos dois para os quais os Estatutos dos Tribunais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia diferem entre si.

O Estatuto para o Tribunal da Ex-Iugoslávia define o crime de guerra em seus artigos 2 e 3, caracterizando-o como “graves violações” à Convenção de Genebra de 1949 e “graves violações” das leis ou costumes de guerra.⁹¹

A saber:

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia concede jurisdição de direito material sobre:

Artigo 2

Graves violações às Convenções de Genebra de 1949

O Tribunal Internacional deverá ter poder para processar as pessoas a cometerem ou ordenarem o cometimento de graves violações das Convenções de Genebra de 12 de

⁹⁰ PHELPS, Andrea R. op. cit. p. 500.

⁹¹ ONU. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA, 1991. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. Acesso em? 20 out. 2014.

agosto de 1949, nominadamente, os seguintes atos contra pessoas ou propriedade protegidas sob as provisões da Convenção de Genebra em que seja relevante:

- (a) homicídio doloso;
- (b) tortura ou tratamento desumano, incluindo experimentos biológicos;
- (c) intencionalmente causar grande sofrimento ou sério dano ao corpo ou à saúde;
- (d) Destruição de grandes proporções e apropriação de propriedade, não justificada por necessidade militar e conduzida antijurídica e desenfreadamente;
- (e) obrigar um prisioneiro de guerra ou um civil a servir nas forças de um poder hostil;
- (f) intencionalmente privar um prisioneiro de guerra ou um civil de seus direitos a um julgamento justo e regular;
- (g) deportação ilegal ou transferência ou confinamento ilegal de um civil;
- (h) tomar civis como reféns. (Tradução Nossa)

Cada uma das Convenções de Genebra de 1949 reúne uma série de atos considerados como “graves violações”, as quais se encontram entre as mais graves violações do Direito Humanitário Internacional. A própria Convenção confere às “graves violações” responsabilidade penal em seu artigo 146, na Quarta Convenção de Genebra de 1949⁹², segundo o qual:

As Altas Partes Contratantes assumem a obrigação de pôr em prática quaisquer legislações necessárias para prover a efetiva sanção penal a pessoas que cometam, ordenem que seja cometido, qualquer uma das graves violações.

Cada uma das Altas Partes Contratantes deve estar sob a obrigação de procurar pelas pessoas que alegadamente cometeram ou ordenaram o cometimento de tais graves violações, e devem trazer tais pessoas, independentemente de suas nacionalidades, diante de suas próprias cortes. (Tradução Nossa)

Há uma ressalva comum às quatro Convenções: a de que a “grave violação” deve ser cometida contra as pessoas ou contra propriedade protegidas por cada uma das Convenções, ainda que, as Convenções I, II, e III listem as mesmas violações, o Protocolo Adicional II não as mencione e o Protocolo I as englobe e expanda.

A tese importante nesse ponto do trabalho foi o trabalho interpretativo realizado pelos julgamentos em tela. Existem diferentes visões a respeito de se a criminalização das “graves violações” se estende a conflitos não internacionais. Segundo o pensamento de Meron⁹³ “não há justificativa moral e nenhuma razão legal verdadeiramente persuasiva para que para tratar-se perpetradores de atrocidades em conflitos internos de forma mais leniente do que aqueles engajados em guerras internacionais.”

Na esteira de Askin⁹⁴ os Estados têm o direito sim de punir as “graves violações” com base em jurisdição universal. Além disso, embora existissem dúvidas, antes do

⁹² Convenção de Genebra Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra, 6 U.S.T. 3516, 75 U.N.T.S. 287. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/civel/normativa_internacional/Sistema_ONU/DH.pdf. Acesso em 20 nov 2014

⁹³ MERON, Theodor. International criminalization of internal atrocities. **The American Journal of International Law**, v. 89, n. 3, Jul., 1995, p. 554-577. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2204173>. Acesso em 15 nov 2014.

⁹⁴ ASKIN, Kelly D. op.cit., p. 23.

estabelecimento dos Tribunais de Ruanda e da Iugoslávia, a respeito de se violações fora das provisões das “graves violações” trariam consigo sanção criminal, tais tribunais desiludiram a crença anterior de que a responsabilidade criminal resta somente com as “graves violações”.

Neste sentido é que a autora aduz que, embora as Convenções de Genebra não elenquem de forma específica nenhuma forma de violência sexual como uma hipótese de “grave violação” à alguma das Convenções, a jurisprudência já confirmou que os crimes sexuais estão sim cobertos pelas hipóteses de graves violações, especialmente, pela proibição às práticas de “tortura”, “tratamento desumano”, “intencionalmente causar grande sofrimento” e “e sérios danos ao corpo e à saúde”. A autora confirma, assim, a natureza intencionalmente abrangente da linguagem das “graves violações”, cujo intuito teria sido, justamente, o de conferir proteção ao maior número de pessoas possível sendo, assim, consenso geral, a necessidade de se conferir a ela uma interpretação extensiva.

O problema da questão das “graves violações” no caso do Tribunal para a ex-Iugoslávia reside, no entanto, no fato de que para processar uma grave violação das Convenções de Genebra, o procurador teria que estabelecer e provar que tais violações foram cometidas contra as pessoas ou propriedade protegidas pela Convenção, e as pessoas protegidas, segundo a quarta Convenção de Genebra (relativa à proteção de populações civis) são aquelas que estão em poder de uma parte do conflito, ou de um Poder Ocupante, de cuja nacionalidade não façam parte.

Sendo assim, o Tribunal para a ex-Iugoslávia lançou mão de generosa interpretação com vistas a (como sempre) incluir o maior número de pessoas possível entre o grupo de “pessoas protegidas” pela Convenção, de forma a incluir na previsão mesmo as vítimas que poderiam ser consideradas da mesma nacionalidade dos algozes, dada a natureza multicultural conflito intranacional de que se tratava. Como exemplo, podem-se citar os Bósnios mulçumanos que foram vitimados pelos Bósnios sérvios.

Na prática, no entanto, o Tribunal para a Ex-Iugoslávia reduziu o número de indiciamentos baseados no artigo 2 do seu Estatuto, principalmente dado ao longo e árduo processo comprovativo no qual se teria que enveredar para provar que naquele tempo e lugar do processo o conflito possuía caráter internacional. A maioria dos crimes de guerra ficaram, portanto, ancorados no artigo 3 do Estatuto do Tribunal, que requer meramente a comprovação de que o crime cometido estava relacionado diretamente com o conflito armado.

No caso do Tribunal de Ruanda, no entanto, as “graves violações” nem sequer foram incluídas no texto do Estatuto em razão de, como já se mencionou antes no presente

trabalho, tratar-se de conflitos de diferentes natureza, sendo o de Ruanda eminentemente interno.⁹⁵

Ainda no estatuto do Tribunal da ex-Iugoslávia, mais precisamente em seu artigo 3º, também puderam ser processadas como “crimes de guerra” as “violações das Leis ou costumes de guerra”. Tal artigo tem sido interpretado como tendo uma função residual “catch all”, isto é, de abrigar a maioria dos crimes que não cabem em definições mais específicas, notadamente, as do artigo 2º, isto é, as de “graves violações”.

Artigo 3

Violações das leis ou costumes de guerra

O Tribunal Internacional deverá ter o poder de processar pessoas violadoras das leis e costumes de guerra. Tais violações devem incluir, mas não estarem limitadas a:

- (a) Emprego de armas tóxicas ou outras armas intencionadas a causar sofrimento desnecessário;
- (b) Destruição arbitrária de cidades, vilarejos ou a devastação não justificada por necessidade militar;
- (c) Ataque ou bombardeio, por quaisquer meios, de cidades e vilarejos, habitações ou prédios;
- (d) O confisco de, a destruição ou o dano intencional a instituições dedicadas a religião, caridade e educação, às artes e ciências, monumentos históricos e trabalhos artísticos e científicos.
- (e) Pilhagem de propriedade pública ou privada.

Nota-se, claramente, no artigo 3º, o emprego de tipos mais amplos e genéricos, de alcance maior, justamente para suprir as demandas não alcançadas pelo artigo 2º. Neste ínterim, segundo Meron⁹⁶, havia alguma discussão sobre se crimes de guerra cometidos fora das definições de “graves violações”, como os expostos no supracitado artigo 3º, acarretariam responsabilidade criminal, ao que responde afirmando que, o fato de as Convenções de Genebra terem estabelecido a obrigação de *aut dedere aut judicare* (a entregar ou a julgar) somente para as “graves violações”, não quer dizer que outras violações das Convenções não possam ser punidas. Ou seja: atribuir o *status* de crime de guerra especificamente às “graves violações” não significa que a responsabilidade criminal não possa se atrelar a outras violações.

Askin⁹⁷ ressalta que a Câmara de Recursos do Tribunal da ex-Iugoslávia articulou uma lista com os requisitos para quando um ato constitui uma séria violação das leis ou costumes de guerra:

- (a) A violação deve constituir uma infração de uma regra de Direito Humanitário Internacional;
- (b) A regra deve ser consuetudinária por natureza ou, se pertence ao Direito dos Tratados, a condições requeridas devem ser seguidas;

⁹⁵ ASKIN, Kelly D. op cit. p. 23-24.

⁹⁶ MERON, Theodor. op.cit., p. 569.

⁹⁷ ASKIN, Kelly D. op. cit., p. 26.

(c) A violação deve ser “séria”, isto é, deve constituir uma violação de uma lei que proteja valores importantes, e a violação deve envolver graves consequências para a vítima;

(d) A violação da norma ocasionar, sob direito consuetudinário ou convencional, a responsabilidade criminal individual da pessoa que violar a norma.

O rol acima funciona como uma espécie de interpretação autorizada pela referida corte para o artigo 3º de seu Estatuto, isto é, o que elenca os crimes considerados como violações do das leis ou costumes de guerra, como que para pacificar a outrora vigente discordância a respeito do recaimento de responsabilidade criminal ou não sobre atos de violações fora do rol das chamadas “graves violações”. Ampliou-se, assim, a gama de condutas passíveis de serem consideradas criminosas, ampliando, por conseguinte, a proteção às populações civis durante conflitos armados.

Importante ressaltar, ainda, que embora o Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia tenha afirmado, de maneira expressa, a possibilidade de processar violações às provisões da 4ª Convenção de Genebra proibindo especificamente o estupro, a prostituição forçada e toda e qualquer forma de abuso indecente, na prática, a maioria dos crimes relacionados a questões de gênero foram processados sob o Artigo 3ª do Estatuto do Tribunal da Iugoslávia e o Artigo 4º do Estatuto do Tribunal de Ruanda, ambos baseados do Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra.⁹⁸

A expressão “Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra”, serve tão somente ao objetivo de referir-se à linguagem idêntica encontrada nos artigos de número 3 de cada uma das quatro Convenções de Genebra. A tal artigo é reservada a alcunha de “mini convenção”, pelo motivo de ter originalmente servido ao propósito de ser o artigo nas convenções dedicado a ditar o tratamento que deveria ser reservado às pessoas nos conflitos internos, isto é, de natureza não internacional. Apesar disso, o Artigo 3 Comum é hoje amplamente aceito como parte do Direito Internacional Consuetudinário, bem como, é aplicável tanto a conflitos internos quanto a conflitos internacionais. O Protocolo adicional II às Convenções de Genebra, também considerado um marco no tratamento jurídico de conflitos internos, guarda estreita semelhança de linguagem para com o artigo 3º comum às Convenções de Genebra, e está de maneira expressa incluído dentre as fontes do Estatuto do Tribunal de Ruanda.⁹⁹

O artigo 3 comum demanda em seu texto que seja concedido tratamento humano a pessoas que não estejam ativamente fazendo parte das hostilidades, incluindo membros das forças armadas, que tenham baixado as armas ou que estejam fora de combate, em virtude de

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ MERON, Theodor. op.cit. p. 570.

doença ou ferimento, detenção, etc. O artigo 3 comum proíbe, ainda, de maneira expressa, a violência contra a vida e contra pessoa, todas as formas de assassinato, mutilação, tratamento cruel e tortura, o ofensa contra a dignidade pessoal, especificamente, o tratamento humilhante e degradante.

Embora tal artigo 3º, comum às Convenções de Genebra, só esteja explicitamente citado no estatuto do Tribunal de Ruanda, a Câmara de recursos do Tribunal da Iugoslávia apontou de maneira conclusiva que tal artigo encontra-se implicitamente subsumido também no Estatuto daquele Tribunal, sob a linguagem das “leis e costumes de guerra”, como de fato se poderá notar no decorrer do trabalho através da análise jurisprudencial a que se procederá.¹⁰⁰

Vale ressaltar, porém, que no caso específico dos Crimes de Guerra, o Tribunal de Ruanda pouco contribuiu para reforçar o processamento de sérias violações do Artigo 3º comum e do Protocolo Adicional II das Convenções de Ruanda. Isso porque o Tribunal aludido interpretou e aplicou de maneira errônea as prescrições relativas a esses crimes. Só posteriormente, em 2001, a Câmara de Recursos do Tribunal rejeitou as formulações e interpretações do Tribunal nesse sentido, sendo possível reverter absolvições concedidas sob essas conclusões equivocadas.¹⁰¹

4.1.2 Crimes contra a humanidade

Na esteira de Sadat¹⁰², a expressão “Crimes contra Humanidade” apareceu, pela primeira vez, quando do processamento e julgamento dos líderes da Alemanha nazista pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente, na Carta de Nuremberg. Embora as diferentes cortes internacionais implantadas até hoje tenham usado conceituações com variados níveis de distinções para os “crimes contra a humanidade”, de maneira geral, pode-se entender enquanto crime contra a humanidade todo ato desumano, normalmente uma série de atos desumanos, tais quais, assassinato, estupro, tortura, que são cometidos como parte de um ataque sistemático e generalizado a uma dada população civil. Pode consistir, inclusive, no ataque de um Estado para com seus próprios cidadãos e, frequentemente, está munida de um propósito discriminatório. Empiricamente, perseguição e

¹⁰⁰ LUPING, Diane. Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 17, no. 2 (2009): 431-496. p. 14.

¹⁰¹ ASKIN, Kelly D. , p. 313.

¹⁰² SADAT, Leila Nadya. *Forging a convention for crimes against humanity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 2. Disponível em: <<http://gen.lib.rus.ec/book/index.php>>. Acesso em: 20 nov 2014.

extermínio aparecem como as práticas mais comuns dentre aquelas consideradas crimes contra a humanidade, embora ocorrências deste tipo acabem por ensejar denúncias a respeito de crime de genocídio também.

Aduz a autora ainda que, após alguns julgados inovadores dos tribunais em análise, passou a ser possível o preenchimento do tipo penal do crime contra a humanidade com estupro, desde que este tenha sido cometido como parte de ataque sistemático e generalizado a uma dada população civil; similarmente, violência sexual também se inclui dentro do arcabouço conceitual dos atos desumanos cometidos contra o grupo inimigo nos conflitos abordados.

O Estatuto do Tribunal da Iugoslávia, no entanto, requer a comprovação do nexo com o conflito armado para tal caracterização. Isto se dá unicamente para fins de estabelecimento de competência jurisdicional daquele Tribunal, não fazendo parte do tipo penal em comento, de forma que tal demanda não existe para o processamento em outras cortes.

Askin¹⁰³ ressalta ainda a importância de se colocar em relevo que o ato, para que seja considerado um crime contra a humanidade, não precisa, ele próprio, ter sido cometido de maneira sistemática e generalizada. Precisa tão somente ter sido cometido como parte de um ataque, este sim, generalizado e sistemático. Assim, de acordo com a Câmara de Recursos do Tribunal do Tribunal da Iugoslávia que os requisitos para a caracterização de crime contra a humanidade são: a) deve haver um ataque; b) os atos do perpetrador devem fazer parte do ataque; c) o ataque deve ter sido dirigido a qualquer população civil; d) o ataque deve ser generalizado e sistemático; e e) o perpetrador deve estar ciente de que seus atos fazem parte de um ataque generalizado e sistemático contra uma população civil. Restava ainda margem para dúvidas no que diz respeito ao uso do termo “sistemático” no tipo penal relativo ao crime contra a humanidade. A dúvida repousava em saber se para ser “sistemático” o ataque precisava, comprovadamente, constar de um plano estruturado ou ser parte de uma diretriz de um determinado grupo. A Câmara de Recursos, no entanto, após algum tempo, estabeleceu entendimento no sentido de que tal plano e diretriz constituem, de fato, elementos probatórios relevantes para a caracterização da sistematização do ataque, não sendo, porém, necessários nem essenciais, para a caracterização do supracitado crime, por não fazerem parte do tipo penal do crime contra a humanidade.

¹⁰³ ASKIN, Kelly D., op.cit. p, 288.

Correlativamente entende De Paula¹⁰⁴, ao afirmar que:

As disposições sobre as sérias violações às Convenções de Genebra de 1949 (e do Protocolo Adicional I de 1977) têm um papel relevante na criminalização de atrocidades internacionais, pois incluem a obrigação das partes contratantes de reprimir essas violações e de julgar ou extraditar os responsáveis (jurisdição universal).

A definição de um crime contra a humanidade possui duas “camadas”. A primeira “camada” são os elementos gerais (*chapeau elements*), que diferenciam esta espécie de crime dos crimes comuns (do direito interno de cada país) e dos crimes de guerra. A segunda camada é a conduta específica do autor do crime, como tortura ou homicídio.

Desta forma elucida-se a matéria relativa ao crime contra a humanidade, dividindo o tipo penal em duas partes, como anteriormente já se havia feito no presente trabalho. A primeira parte, consistindo naquilo que faz o crime contra a humanidade ser o crime diferenciado que é, a saber, o fato de dever ser parte de um ataque disseminado, ou generalizado, e sistemático a uma determinada população civil, bem como a necessidade de dolo, isto é, de que o agente tenha consciência de que suas ações fazem parte de tal contexto. A segunda parte, por sua vez, consiste da conduta específica cometida pelo agente no contexto supracitado, podendo ser ela homicídio, tortura, estupro, etc.

4.1.3 Genocídio

A respeito do genocídio, manifesta-se De Paula¹⁰⁵ afirmando, ainda, que, apesar de sua previsão na Convenção sobre o Genocídio de 1948, trata-se de um crime do direito costumeiro (ou consuetudinário), de maneira que configura uma conduta a ser processada e condenada independente da adesão à Convenção.

Tanto os Estatutos do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o para a ex-Iugoslávia quanto o daquele que seria posteriormente criado, o Tribunal Penal Internacional, ao tratarem do crime de genocídio, o fizeram através da reprodução do conceito constante da Convenção para o Genocídio.¹⁰⁶

A propósito, o artigo II da Convenção, definidor do crime de genocídio:

Qualquer um dos seguintes atos, quando cometidos com o intento de destruir, por inteiro ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso: (a) assassinato de membros do grupo; (b) causar sérios danos físicos ou mentais a membros do grupo; (c) deliberadamente infligir ao grupo condições de vida destinadas a ocasionar a sua destruição física no todo ou em parte; (d) impor medidas com intenção de impedir

¹⁰⁴ DE PAULA, L. A. M. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. 272 f. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 65

¹⁰⁵ DE PAULA, L. A. M., op. cit., p. 61

¹⁰⁶ ASKIN, Kelly D. op.cit. p. 315.

nascimentos dentro do grupo; (e) transferência forçada de crianças do grupo a outro grupo.

O Genocídio é um crime de direito internacional que impõe responsabilidade individual tanto aos que cometem o crime, quanto aos que facilitam o cometimento do mesmo, e cuja definição primordial se dá em torno da ideia da intenção (dolo). A intenção deve existir no sentido específico de destruir inteira ou parcialmente um grupo étnico, racial ou religioso, para o que deverão ser utilizadas as condutas elencadas na lista supracitada. Embora o crime de genocídio seja também considerado um crime contra a humanidade, a tendência hodierna é a de separar os dois crimes.¹⁰⁷

Como se apreender da análise do artigo da Convenção do Genocídio, tal processo de destruição de um determinado grupo não está limitado à destruição física, bastando a comprovação de mera intenção de promover a destruição, total ou parcial, física ou mental, para a configuração do crime em apenso. Os sub elementos do tipo penal em análise não são mutuamente excludentes, sendo não apenas perfeitamente possível, como frequentemente real, a verificação de mais de um dos sub elementos durante o processo de eliminação e destruição a ser analisado.¹⁰⁸

No caso da violência sexual contra mulheres, utilizada de maneira inovadora, em uma interpretação extensiva do tipo penal de genocídio no caso dos Tribunais analisados no presente capítulo, seu uso pode recair em cada um dos sub elementos do tipo penal em análise. Ainda assim, as formas mais comuns de violência sexual como forma de genocídio são aquelas presentes nos itens (b), (c) e (d). No item (b), a saber, causar sério dano físico ou mental ao grupo, a título de exemplo, podem recair as condutas de cometer estupro, ou de qualquer outra forma, submeter mulheres à situações de violação. No item (c), podem recair quaisquer condutas destinadas a gerar para os indivíduos formadores do grupo, más condições de vida, ocasionadoras de mortes longas. Exemplificativamente, pode-se citar a conduta de fazer pessoas portadoras do vírus HIV/AIDS cometerem de maneira repetida o estupro de indivíduos pertencentes ao grupo visado. No item (d), a imposição de medidas utilizadas com o escopo de impedir nascimentos dentro do grupo atacado, podem recair condutas tais quais a de abortos forçados, gravidez forçada, mutilação sexual, ou estupro por membros de grupo

¹⁰⁷ SCHABAS, William. **Genocide in international law**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000.,p. 28.

¹⁰⁸ SHRAGA Daphna; ZACKLIN, Ralph. The International Tribunal for the Former Yugoslavia, **5 European Journal of International Law**. 360, 368 (1994); p. 363. Disponível em: <http://www.ejil.org/issue.php>. Acesso em: 20 nov. 2014

distinto, nos casos em que, culturalmente, entende-se que o pai é quem determina a etnia da criança.¹⁰⁹

4.2 Alguns avanços concretos no combate à violência de gênero na jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* da ONU

Os avanços relativos ao combate à violência de gênero, conseguidos através dos julgados dos Tribunais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia, foram relutantes e, ainda assim, inovadores. Segundo Askin¹¹⁰, o processamento de crimes de gênero é tipicamente carregado de dificuldades inerentes e obstáculos gratuitos e a investigação e o indiciamento tendem a apenas ter início após a orquestrada pressão multilateral exercida por organizações em prol dos direitos das mulheres e acadêmicas e acadêmicos feministas no sentido de processar tais crimes.

Apesar de tais dificuldades, segundo a autora, é justamente contra as mulheres que tais crimes são cometidos de maneira mais injusta e desproporcional. Para Phelps¹¹¹ os crimes de guerra fundados em gênero têm um longo histórico de negligência por parte dos Tribunais Internacionais, no que diz respeito às questões mais prementes envolvendo o fato, de forma que, o processamento não tem focado nem na responsabilidade criminal, nem nas reais vítimas dos crimes.

A esse respeito, Lehr-Lehnardt¹¹² informa que, por séculos, o estupro de mulheres foi considerado uma consequência inevitável da guerra, necessária para encorajar os soldados e sua moral, e foi aglomerado junto com os crimes de propriedade. Posteriormente, o estupro passou a ser considerado um crime contra a honra da família (e não da mulher, enquanto indivíduo). Foi somente a partir de cinquenta anos atrás que o estupro finalmente passou a ser reconhecido como uma ofensa contra a mulher, contra a dignidade dela, ao invés de contra a honra de sua família ou de seu marido.

Apesar de magros avanços como o anteriormente aludido, entender e reconhecer o estupro e outras formas de violência de gênero como um crime de guerra contra cada uma das vítimas não é o suficiente, de modo que esses crimes carecem ainda de maior definição. Para

¹⁰⁹ CHINKIN, Christine. Rape and Sexual Abuse of Women in International War, **5 European Journal of International Law**. v. 326, n. 333, 1994, p. 330; Disponível em: <http://www.ejil.org/issue.php?issue=63> Acesso em: 22 nov. 2014

¹¹⁰ ASKIN, Kelly D. op.cit. p. 317.

¹¹¹ PHELPS, Andrea R., p. 501.

¹¹² LEHR-LEHNARDT, Rana. One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court, 16 BYUJ. PUB. L. 317, 317-18 (2002).

Phelps¹¹³, a própria natureza do Direito Internacional, incluindo a ausência de normas e precedentes estabelecidos, faz com que se torne uma tarefa árdua a de estabelecer definições precisas de muitos dos crimes e seus elementos. É aí que reside a fundamental importância dos julgados dos Tribunais que o presente trabalho analisa. Graças, em parte ao trabalho do movimento feminista, em parte ao trabalho de hermenêutica e interpretação extensiva das normas e precedentes, foi possível abrigar sob o limitado rol de crimes processáveis em jurisdição internacional, os crimes de gênero. É neste sentido que Askin¹¹⁴ define os progressos feitos como nada mais do que revolucionários.

No presente tópico analisaremos alguns casos emblemáticos dentre os processados e julgados pelos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia, notadamente, aqueles que representam de maneira clara os avanços propiciados pela interpretação extensiva das normas de proteção internacional aos direitos humanos estabelecida em meio século de avanços na proteção internacional dos direitos humanos e no aumento do interesse público pelos crimes de caráter sexual, dos quais, as mulheres são, em absoluto, e de forma abjetamente desproporcional, as maiores vítimas.

4.2.1 O caso Akayesu: estupro como instrumento de genocídio

Phelps¹¹⁵ alude à grande semelhança entre os procedimentos de estabelecimento dos tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia. O Tribunal de Ruanda, em específico, foi estabelecido após o brutal assassinato de dez a quinze por cento da população de Ruanda, em menos de três meses, no ano de 1994. Segundo a autora, o genocídio ocorrido em Ruanda foi caracterizado por ter sido altamente organizado e eficiente, durante o qual a etnia majoritária Hutu contra a etnia minoritária Tutsi. Os crimes de gênero cometidos incluíam estupro, gravidez forçada, parto forçado, e aborto forçado.

Neste caso específico, o *bourgmestre*, uma espécie de prefeito, de Taba, uma localidade Ruanda, Jean-Paul Akayesu, foi processado no indiciamento original por doze ocorrências de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, por assassinato, extermínio, tortura, e tratamento cruel, todos cometidos na região de Taba. Não havia, no entanto, nenhuma queixa a respeito de crimes relacionados com gênero, a despeito de organizações de Direitos Humanos e das Mulheres terem documentado extensiva evidência de

¹¹³ PHELPS, Andrea R. op. cit., p. 501-502.

¹¹⁴ ASKIN, Kelly D., op. cit., p. 317.

¹¹⁵ PHELPS, Andrea R., op. cit., p. 509.

estupro e outras formas de violência sexual em Ruanda e, neste caso, mais especificamente em Taba.

De Paula¹¹⁶ elenca as acusações inicialmente ofertadas contra Akayesu pela promotoria, a saber, um total de 15 acusações por genocídio (Artigo 2º do Estatuto do Tribunal de Ruanda), crimes contra a humanidade (artigo 3º do Estatuto), e violações ao artigo 3º comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II (artigo 4º do Estatuto).

Ao comentar o julgamento, Askin¹¹⁷ relata alguns depoimentos impressionantes acerca dos crimes violentos cometidos. Relata-se que durante o julgamento em tela uma testemunha manifestou-se espontaneamente e relatou o estupro coletivo brutal de sua filha de seis anos por um grupo de soldados. Ao que a seguiu um depoimento de uma mulher que havia sido ela própria vítima de estupro e, também, testemunha de estupros em Taba, cometidos pela milícia Hutu. Foi somente após tal evidência, e como resultado de intensas exortações da comunidade internacional para incluir a violência sexual nas queixas contra Akayesu, que o Tribunal foi convocado, para que o escritório do Procurador pudesse investigar as queixas de violência sexual e considerar o aditamento do indiciamento. Desta forma foi possível atribuir responsabilidade individual e superior a Akayesu pelos crimes cometidos durante o conflito. Outro fator que a autora ressalta como crucial para essa inclusão foi a presença da juíza Navanethem Pillay, da África do Sul, na bancada, uma juíza com extensa experiência em Proteção Internacional dos Direitos Humanos e crimes sexuais.

Após a investigação ter resultado na descoberta de vasta evidência da violência sexual cometida por homens da etnia Hutu contra mulheres da etnia Tutsi, a procuradora terminou por aditar o indiciamento para processar Akayesu por estupro e “outros atos desumanos” enquanto formas de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Os casos de genocídio também aludiram aos parágrafos alegando crimes de estupro, abrindo espaço para que se considerasse estupro como um instrumento de genocídio, se as evidências levassem a tal conclusão.¹¹⁸

No julgamento de Akayesu, definiu-se estupro como “a invasão física de natureza sexual cometida em uma pessoa sob circunstâncias que são coercitivas”. A violência sexual, que é um termo mais genérico do que estupro, foi definida como “qualquer ato de caráter sexual cometido contra uma pessoa sob circunstâncias que são coercitivas. O violência sexual

¹¹⁶ DE PAULA, L. A. M., op. cit. p. 92.

¹¹⁷ ASKIN, Kelly D., op. cit., p. 288.

¹¹⁸ ASKIN, Kelly D., op. cit., p. 319.

não está adstrita à invasão física do corpo humano, e pode envolver atos que não envolvam penetração ou mesmo contato físico”. Desta forma abriu-se espaço para o processamento de uma quantidade maior de crimes sexuais que não apenas envolviam necessariamente a violência de caráter físico, mas também as de fundo moral e psicológico. Nesse sentido é que, durante o julgamento, foram citados casos de nudez forçada como exemplo do entendimento firmado acima, bem como, ressaltado que a quantidade de coerção requerida para configurar o crime não precisava concorrer para o uso de força física, de forma que “ameaças, intimidação, extorsão e outras formas de coação que se apoiem em desespero e medo podem também constituir coerção”.¹¹⁹

A Câmara de Julgamento também destacou que, embora para a jurisdição nacional a definição costumeira de estupro fosse a de “intercurso sexual não consentido”, uma definição mais ampla era necessária, para abrigar atos bárbaros que envolveram a inserção de objetos e /ou o uso de outros orifícios corporais que não possuíam necessariamente um apelo intrinsecamente sexual. Exemplificativamente a autora cita, ainda, que um testemunho perante a corte levou a mesma a estipular que forçar a inserção de um pedaço de maneira dentro do órgão genital feminino constitui, também, uma forma de estupro.

O essencial a respeito do julgamento, no entanto, veio quando este estabeleceu as maneiras com as quais os atos cometidos no conflito em Ruanda se enquadravam nos crimes para cujo processamento o Estatuto do Tribunal estabeleceu sua competência. Assim, o julgamento estabeleceu que a violência sexual está dentro do escopo do elemento “outros atos inumanos” da descrição de crimes contra a humanidade; estabeleceu, ainda, a pertinência da violência sexual como “ultraje à dignidade pessoal”, elemento do tipo crime de guerra, segundo às provisões do Estatuto; e, por fim, estabeleceu a violência sexual, ainda, como “sérios danos físicos ou mentais”, elemento das prescrições relativas a genocídio. O julgamento estabeleceu ainda que o estupro, assim como a tortura, é utilizado para finalidades, tais quais, intimidação, degradação, humilhação, discriminação, punição, controle e destruição da pessoa, e tal qual a tortura, o estupro é uma violação da dignidade da pessoa humana, de modos que o estupro, quando todos os elementos da tortura estão satisfeitos, constitui ele próprio ato de tortura.¹²⁰

O julgamento estabeleceu, de forma inequívoca, que a violência sexual causa danos extensivos e que, em tempos de conflitos armados, é usado de maneira extensiva, como

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ O Promotor do Tribunal contra Jean-Paul Akayesu (Julgamento de sentenciamento), ICTR-96-4-T, Tribunal Criminal Internacional para Ruanda (ICTR), 2 Out. 1998. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/402790524.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014

parte integradora do processo destrutivo. No caso em tela não foi diferente. O julgamento reconheceu que o estupro foi usado pela etnia Hutu como forma de destruição do espírito e da vontade de viver, enfatizando que a ferida causada pela violência sexual estende-se para além do indivíduo, atingindo o grupo a que tal indivíduo pertence, no caso, a etnia Tutsi.¹²¹

Não houve nenhuma alegação de que Akayesu, em pessoa, houvesse cometido crimes de estupro. No entanto, o Tribunal decidiu que ele poderia ser considerado responsável por seu papel ordenando, instigando, colaborando e acobertando os estupros, a nudez forçada e a mutilação sexual. Desta forma o Tribunal o considerou culpado por vários crimes, incluindo várias formas de violência sexual, cometidas pelos homens da etnia Hutu, contra as mulheres e meninas Tutsi. Nas palavras do Tribunal “a presença de Akayesu e suas palavras de encorajamento emitiam um claro sinal de tolerância oficial para os atos de violência sexual”. Como resultado o Tribunal condenou Akayesu por responsabilidade individual pelos crimes sexuais.¹²²

Com a descoberta de que Akayesu era culpado de estupro como forma de crime contra a humanidade, o Tribunal concluiu, ainda, que “um disseminado e sistemático ataque contra uma população étnica civil ocorreu em Taba, e de maneira geral, em Ruanda, entre 7 de abril e o final de junho de 1994. O Tribunal entende que o estupro e os outros atos inumanos que foram cometidos naquela localidade de Taba foram cometidos como parte daquele ataque.”

Destaca-se neste tópico, porém, a condenação de Akayesu pelos crimes de estupro cometidos num contexto de genocídio. O Tribunal procedeu a tal condenação através da conclusão de que o estupro “constitui genocídio da mesma forma que qualquer outro ato, desde que eles sejam cometidos com o objetivo específico de destruir, total ou parcialmente, um grupo em particular”, o que o Tribunal entendeu ser o caso do ocorrido em Taba, Ruanda, quando a localidade se encontrava sob a autoridade do *bourgmestre* Jean-Paul Akayesu.

No total, Akayesu foi condenado por nove dos quinze casos ajuizados contra ele, no indiciamento aditado, tendo sido considerado culpado de genocídio e de crimes contra a humanidade, por extermínio, assassinato, tortura, outros atos inumanos e, evidentemente, estupro.¹²³

¹²¹ Idem.

¹²² O promotor do Tribunal contra Akayesu. op. cit.

¹²³ Idem.

Para Phelps¹²⁴, o julgamento de Akayesu é demonstrativo tanto dos avanços, quanto das dificuldades encontradas no processamento em jurisdição internacional de crimes de guerra fundados em gênero. Isso porque, embora o processamento internacional de crimes de guerra ocorridos em um conflito interno seja algo inovador, por outro lado, inicialmente não havia investigação e reconhecimento suficiente para as condenações relativas a crimes de violência sexual fundados em gênero. Somente quando o absurdo da negligência que, por pouco não foi cometida, explodiu em pleno julgamento, o qual já se encontrava em andamento, é que se viu a necessidade de pausar o prosseguimento da sessão para que novas investigações fossem realizadas, a fim de aditar a denuncia, delongando mais tempo para as condenações pudessem efetivamente ocorrer.

No entendimento de Askin¹²⁵, o julgamento de Akayesu constitui um caso emblemático devido à sua monumental significância jurídica, a qual reside no fato de este julgamento ter concluído que estupro e outras formas de violência sexual foram usados como forma de genocídio e que, adicionalmente, tais crimes fizeram parte de um ataque disseminado e sistemático dirigido contra civis, constituindo um crime contra a humanidade. Trata-se do primeiro caso da História a entender violência sexual tanto como genocídio, quanto como crime contra a humanidade e representa um notável salto de outros Tribunais *ad hoc* que tenham processado crimes cometidos em conflitos armados, como os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Isso possibilitado pelo movimento de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, bem como pela relativização das fronteiras entre o que é matéria de interesse público e privado e de quais são os limites da soberania dos Estados, verificado ao longo da segunda metade do século XX.

4.2.2 O caso Celebici e o reconhecimento da violência sexual como tortura

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia foi criado para processar os crimes de guerra que ocorreram na ex-Iugoslávia, entre o final da década de 1980 e o começo da década de 1990, onde já havia uma crescente tensão étnica e política desde o fim da Segunda Guerra Mundial, quando o ditador Josip Tito seis repúblicas, a saber, Sérvia, Croácia, Eslovênia, Bósnia-Herzegovina, Macedônia e Montenegro, em uma mesma nação, a Iugoslávia. As tensões e conflitos atingiram seu auge, no entanto, após a morte do ditador Tito

¹²⁴ PHELPS, Andrea R. op. cit., p. 510.

¹²⁵ ASKIN, Kelly D., op. cit., p. 288.

na década de 1980 e, sobretudo, após a queda da União Soviética, de maneira que os líderes da Iugoslávia iniciaram um conflito entre sérvios, muçulmanos, croatas e judeus.¹²⁶

O julgamento Celebici acusou quatro pessoas de cometerem variados crimes de guerra. O crimes processados estavam fundamentados, tanto no rol de graves violações às Convenções de Genebra de 1949, constantes do artigo 2 do Estatuto do Tribunal, quanto no rol das graves violações do Artigo 3 em comum às Convenções de Genebra, constante do Artigo 3º do Estatuto do Tribunal. A promotoria indiciou os acusados pelos crimes de guerra de: confinamento ilegal de civis, intencionalmente causar grande sofrimento, tratamento cruel, assassinato, tortura, tratamento desumano e pilhagem.¹²⁷

Os quatro acusados foram: Zejnir Delalic, uma pessoa com alegada autoridade sobre o campo de concentração de Celibici, que dá nome ao caso, por ter sido o campo onde os civis foram presos e torturados; Zdravko Mucic, o comandante de fato do campo; Hazim Delic, uma pessoa que trabalhava no campo; e Esad Landzo, um guarda no campo. Os quatro foram processados não apenas por responsabilidade individual, mas também por responsabilidade de superiores comandantes, por terem falhado em impedir, prevenir, ou punir os crimes cometidos por subordinados sob sua autoridade. Mucic e Delic também foram responsabilizados individualmente por terem cometido eles próprios alguns dos crimes, incluindo alguns de violência sexual. Landzo, como não possuía nenhuma posição de autoridade, foi responsabilizado apenas de maneira individual por todos os crimes atribuídos ao grupo.

É importante ressaltar que, embora a natureza sexual de alguns dos crimes não estivesse clara desde o início, muito por causa da linguagem utilizada no indiciamento, as acusações já constavam de vários crimes sexuais cometidos por três dos acusados.

Considerando as acusações de tortura por violência sexual o Tribunal enfatizou que para que o estupro fosse incluído no crime de tortura ele deve se compatibilizar com os elementos do tipo penal em análise. As provisões relativas ao estupro com propósitos de guerra encontram-se positivadas no Estatuto do Tribunal, já analisado pelo presente trabalho, e são elas: a) Deve haver um ato ou omissão que cause dor severa ou sofrimento, seja físico, ou mental; b) que seja infligido intencionalmente; c) e que seja cometido com propósitos tais quais os de obter informação ou confissão da vítima ou de uma terceira pessoa, de punir a vítima por um ato que ela ou um terceiro tenha cometido ou seja suspeito de ter cometido, de

¹²⁶ PHELPS, Andrea R., op. cit., p. 504

¹²⁷ Promotor vs. Delali, Judgement, IT-96-21-T, 16 Nov. 1998. Disponível em: <<http://www.icty.org/case>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

intimidar ou coagir a vítima ou uma terceira pessoa, por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer tipo; e d) e tal ato ou omissão deve ser cometido por, ou pela instigação de, ou com o consentimento ou aquiescência de, um oficial ou outra pessoa agindo com poderes oficiais.

O Tribunal adotou os elementos de tortura constantes da Convenção contra a Tortura e estabeleceu que, quando qualquer forma de violência sexual, satisfaz esses elementos ela pode ser considerada uma forma de tortura. A saber:

O Tribunal considera o estupro de qualquer pessoa como um ato desprezível que atinge o núcleo da dignidade humana e da integridade física. A condenação e a punição do estupro torna-se ainda mais urgente quando é cometido por, ou pela instigação de um oficial público, ou com o consentimento ou aquiescência deste oficial. O estupro causa severa dor e sofrimento, tanto físico, quanto psicológico. O sofrimento psicológico de pessoas sobre as quais é infligido o estupro pode ser exacerbada pelas condições sociais e culturais e pode ser particularmente aguda e perene. Ademais, é difícil verificar circunstâncias em que o estupro por, com pela instigação de oficial público, ou com o consentimento ou aquiescência de um oficial, possa ser considerado como ocorrendo por um propósito que não envolva, de alguma forma a punição, coerção, discriminação ou intimidação. No entendimento deste Tribunal, isto é inerente às situações de conflitos armados.¹²⁸

O Tribunal contribuiu, assim, grandemente para o estabelecimento de mais um precedente de interpretação extensiva para o uso dos instrumentos de proteção internacional dos Direitos Humanos e foi pioneiro no preenchimento de um tipo penal internacional com crimes cometidos de maneira desproporcional contra mulheres e meninas.

Nos dizeres de Askin¹²⁹ não podem haver ilusões de que mulheres e garotas não estão sob o alto risco de violência sexual durante a guerra, violência em massa e ocupação. O perigo de violência sexual aumenta quando mulheres e garotas estão separadas de suas famílias e detidas em instalações guardadas por homens armados, pertencentes ao lado oposto do conflito, uma situação que as coloca em posição de excepcional vulnerabilidade para abuso e exploração sexual.

¹²⁸ Promotor vs. Delali, Judgement, op. cit.

¹²⁹ ASKIN, Kelly D., op. cit., p. 327.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho prestou-se a investigar, através da análise de dois casos emblemáticos, a representatividade da jurisprudência construída pelos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia para a mudança de paradigma no tratamento do Direito Internacional à violência de gênero. Para tanto, iniciou-se pela construção de um histórico da proteção internacional dos Direitos Humanos. No primeiro capítulo o foco do trabalho consistiu no período inicial do processo de internacionalização da referida proteção aos Direitos Humanos, com a consolidação do Direito Humanitário Internacional, por ocasião das duas grandes guerras do século XX, e com o início da relativização da soberania absoluta dos Estados, através, em grande parte, do advento da Organização das Nações Unidas. No segundo tratou-se da consolidação, se não efetiva, ao menos formal, de um sistema normativo de proteção internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aprofundando a análise com relação ao sistema normativo internacional, aborda-se também a proteção específica para a mulher estabelecida através a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ao final, no terceiro capítulo procede-se finalmente análise dos Tribunais *ad hoc* em tela, destrinchando seus Estatutos, as fontes informadoras do Direito utilizado nos julgamentos, e de que maneira tais fontes foram utilizadas nos casos concretos em análise.

A respeito dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio a pesquisa constatou sua importância estratégica para o estabelecimento de precedentes históricos para o processamento internacional de crimes cometidos durante conflitos armados, configurando os passos iniciais para o estabelecimento de um constante processo, a partir de então, de internacionalizar a proteção aos Direitos Humanos e de relativizar a noção de soberania dos Estados, impulsionado, em grande parte pela crença comum de que muitas das barbaridades cometidas durante o nazismo poderiam ter sido evitadas, caso já existisse um sistema internacional de proteção. Não obstante a mencionada importância, a pesquisa constatou também a absoluta negligência daqueles Tribunais para com os crimes sexuais e fundados em gênero cometidos de maneira generalizada durante a Segunda Guerra, por oficiais de ambos os lados da disputa, e para os quais havia extensa documentação comprobatória disponível quando das investigações que instruíram os julgamentos. Ocorre, entretanto que, à época, o estupro e os crimes sexuais de maneira geral eram considerados consequência inevitável da guerra, um “mal aceitável”, e utilizados, inclusive, como incentivo para soldados. Isto se dava em um contexto no qual as mulheres eram tratadas como propriedades dos maridos e os

crimes cometidos contra elas, quando muito, eram na verdade, crimes contra a honra do marido e contra a família.

O trabalho constatou, ainda, o intenso processo de consolidação da normativa internacional relacionada com a proteção aos direitos humanos, a partir da segunda metade do século XX, bem como de inédita conduta de assumir obrigações internacionais por parte dos Estados, uma consequência daquele processo de internacionalização da proteção aos Direitos Humanos iniciado no pós-Guerra. Para isso é que o estudo aborda o principal documento de proteção aos Direitos Humanos em um nível internacional, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, marco histórico na consolidação formal do sistema de proteção. Na análise da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, não obstante sua relevância histórica e jurídica, constatou-se trata-se de um documento de repercussão notadamente contraditória. Isto porque, embora configure um dos tratados internacionais com o maior número de ratificações, cumula, ainda, o título de um dos tratados contra os quais há o maior número de reservas à ratificação. Evidencia-se aqui uma ainda grande dificuldade em se impor a normatividade dos Direitos Humanos, por si só, e de estabelecer o Direito Internacional enquanto instância normativa e jurisdicional de força cogente e vinculativa. Grande parte dos avanços conquistados pela Convenção, e ainda assim mitigados pelas muitas reservas, constituem vitórias eminentemente políticas conquistadas através do lobby realizado pelos movimentos feministas e acadêmicos junto à ONU, sem os quais, muito provavelmente as conquistas garantidas pela Convenção seriam tímidas e a proteção pouco aprofundada.

Aqui reside a relevância e o pioneirismo dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, a cujo estudo dedica-se o terceiro capítulo da monografia. Tais tribunais foram instalados já na década de 1990, e em período posterior ao da emersão da proteção internacional aos Direitos Humanos. São resultado de uma Organização das Nações Unidas relativamente estruturada e, embora, ainda hoje, a ONU se mostre omissa em questões prementes, porém, politicamente delicadas, cuja atuação mostrava-se mais eficaz do que já fora. A atuação dos Tribunais, da mesma forma com que transparecem a força das conquistas efetuadas em cinquenta anos de proteção internacional dos Direitos Humanos, transparecem também as deficiências e os desafios que ainda se tem pela frente.

Em diversos casos julgados pelos Tribunais, a exemplo do caso emblemático do julgamento de Jean Paul Akayesu pelo Tribunal de Ruanda, os crimes fundados em gênero, em especial aqueles de natureza sexual, por pouco não restaram, uma vez mais,

negligenciados por um tribunal de jurisdição internacional. Ocorre que, quando do oferecimento de denúncia por parte do escritório do promotor não constavam da denúncia os crimes sexuais cometidos sob a supervisão e o endossamento de Akayesu, na posição de *bourgmestre*, e para os quais havia extensa evidência. Foi o depoimento espontâneo das muitas vítimas de estupros e de toda a sorte de crimes sexuais durante os julgamentos, bem como, os subseqüentes apelos e a pressão exercida pelos movimentos em prol dos direitos das mulheres, bem como pelos acadêmicos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que ocasionou um novo processo investigativo e o aditamento da denúncia para incluir as diversas formas de bárbaros crimes sexuais cometidos durante os conflitos.

A análise estabelecida para os Tribunais em comento, na presente pesquisa, partiu do estudo dos Estatutos pelos quais foram regidos os julgamentos. Nos dois Estatutos, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, ficaram estabelecidos os crimes para cujo processamento e julgamento tais tribunais seriam competentes, a saber, Crimes de Guerra, Crimes contra a Humanidade e o Crime de Genocídio. E é na aplicação destes tipos penais que o presente trabalho vem encontrar seu núcleo.

A resposta para o questionamento que a pesquisa levantava, veio na forma da constatação dos extraordinários avanços garantidos pela jurisprudência dos Tribunais em análise. Por uma vasta gama de motivos, os crimes sexuais estão, definitivamente, entre os crimes de mais difícil investigação, indiciamento e processamento. Isto se dá por uma ampla gama de razões, as quais incluem, desde uma resistência natural ao assunto e uma tendência geral de ignorar crimes fundados em gênero e em abuso sexual, até o fato de serem estes crimes de efeitos intimamente pessoais e de difícil comprovação, ensejadores de repugnância e constrangimento.

Apesar disso, e apesar dos silêncios normativos no que tange à violência sexual em conflitos armados, os Tribunais foram capazes de estabelecer jurisprudência extraordinariamente pioneira. Os julgamentos foram capazes de preencher com as condutas dos crimes fundados em gênero, através de interpretação extensiva, os tipos penais estabelecidos nos Estatutos, e que encontravam nas Convenções de Genebra de 1949 (reeditadas nós pos-Segunda Guerra) e seus Protocolos Adicionais, as suas fontes jurídicas primordiais. Assim é que, pela primeira vez na história, o estupro pôde ser considerado um instrumento de genocídio, por exemplo, bem como, a violência sexual pôde ser processada e julgada como uma forma de tortura.

Tal jurisprudência emblemática, bem como, a grande emergência de marcos normativos de proteção contra a violência de gênero, e de instâncias jurisdicionais de competência internacional, que têm focado ostensivamente no combate à violência sexual em conflitos armados (como é o caso da Corte Penal Internacional, por exemplo), permitem a conclusão de que, muito embora estejamos ainda distantes de extinguir a violência gênero, e ainda haja um grande caminho até a equiparação de direitos entre homens e mulheres, o Direito Internacional, mais especificamente a proteção internacional aos Direitos Humanos, foi capaz de elevar a violência de gênero ao nível de uma violação de norma de *jus cogens*, sujeita a jurisdição internacional. Afinal, mais do que garantir os direitos das mulheres, não obstante essa já fosse, por si só, causa nobre o suficiente, erradicar a violência de gênero, é uma questão de humanidade.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. 2004. **Reservations to the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women**: weakening the protection of women from violence in the middle east and north Africa region. AI Index: IOR 51/009/2004. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/info>> Acesso em 31 out 2014.

ASKIN, Kelly D. Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles, 21 **Berkeley Journal of International Law**. 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

ATIQUE, Henry; NEME, Eliana Franco. O processo de internacionalização como instrumento de efetivação dos direitos humanos: O sistema europeu e o sistema americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 95--106, 2009, p. 98. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/>> Acesso em: 18 out. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Instituto de Documentação, Serviço de Publicações, 1972.

BYRNES, Andrew C. The 'Other' Human Rights Treaty Body: The Work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 14 **Yale Journal of International Law**, 1989.

CAMPANARO, Jocelyn. Women, war, and international law: The historical treatment of gender-based war crimes. In: **Georgetown Law Journal**, August 2001. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3805/is_200108/ai_n8972398/print, Acesso em: dia 14 set de 2014.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

CASSESE, Antonio. **Human Rights in a changing world**. Philadelphia: Temple University Press, 1999.

CASSIN, René. El problema de la realización de los derechos humanos em la sociedad universal. In: **Veinte años de evolución de los derechos humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

CHAPPEL, Louise. Contesting Women's Rights: Charting the Emergence of a Transnational Conservative Counter-network. In: **Global Civil Society**, Vol. 20, No. 4, October, 2006, p. 491-520.

CHINKIN, Christine. Rape and Sexual Abuse of Women in International War, **5 European Journal of International Law**. 326, 1994. Disponível em: <<http://www.ejil.org/issue.php?issue=63>> Acesso em: 22 nov. 2014.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. Human Rights in the World Community: Issues and Action. Revisão: Rebecca M. M. Wallace. **Human Rights Quarterly**. v. 29, n. 4 Nov. 2007. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20072839>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

COOK, Rebecca. Reservations to the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women. **Vanderbilt Journal of International Law**. v. 30, 1990. p. 643.

CRUZ VERMELHA. **Convenções de Genebra**. Disponível em: http://www.cruzvermelha.pt/cvp_t/quemsomos/movimentocv/convencoes.asp. Acesso em: 14 set 2014.

DE PAULA, L. A. M. **Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda**. 272 folhas. Dissertação (Mestrado) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011

DEVENS, Gisele. **O Tribunal de Nuremberg: marco nas relações políticas e jurídicas do século XX**. Novembro 2004. 65 p. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí. São José, SC, novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

JUSTIÇA GLOBAL. 2007. **Legal Tools for the Establishment of Gender Equality through International Law**. Disponível em: <http://worldpulse.com/files/upload/legal_tools.pdf> Acesso em: 15 set. 2014

KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law? **The international law quarterly**. New York, v. 1, n. 2, 1947. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle>>. Acesso em: 15 set. 2014.

LEHR-LEHNARDT, Rana. One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court, **16 BYU Journal of Public Law**. 317, 317-18, 2002.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

LIPPI, Camila S. A evolução histórica do tratamento de questões de gênero pelo Direito Internacional Penal e pelo Direito Humanitário. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, V. 2, n. 24, 62-74, 2013., p. 3. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4919/6384>. Acesso em 20 ago. 2014.

LUPING, Diane. Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court. **American University Journal of Gender, Social Policy & the Law**. v. 17, n. 2, 2009.

MEDEIROS, Ana Letícia Brauna Duarte. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Filosofia na América Latina: Contribuições para uma Possível Fundamentação Crítica. **Brazilian Journal of Latin American Studies**, v. 2, n. 4, p. 103-121, 2005. Disponível em: <<http://www.usp.br/prolam/downloads/2005.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2014.

MERON, Theodor. International criminalization of internal atrocities. **The American Journal of International Law**, v. 89, n. 3, jul., 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2204173>. Acesso em 15 nov 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORRIS, Narelle. Review of TANAKA, Yuki, Japan's Comfort Women: Sexual Slavery and Prostitution During World War II and the US Occupation. In: **Intersections: Gender, History and Culture in the Asian Context**. v. 9, Ago., 2003. Disponível em: <http://intersections.anu.edu.au/>. Acesso em 27 ago. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e as mulheres**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-mulheres/>> Acesso em: 30 de out. 2014.

_____. Assembleia Geral. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher**. 1979. Disponível em: <<http://www.mulheres.org.br/violencia/leis>>. Acesso em 02 nov. 2014.

_____. Alternative approaches and ways and means within the United Nations System for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Doc. ONU A/RES/32/130, 32ª Sessão. 1977.

_____. Conselho de Segurança. Res. 955, ONU. SCOR, 49ª Sess., 3453d mtg. em 15, U.N. Doc. S/INF/50 Annex, 1994.

_____. **Declaração de Direitos Humanos de Viena**¹. 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_English.pdf > Acesso em 30 out. 2014.

_____. O Promotor do Tribunal contra Jean-Paul Akayesu (Julgamento de sentenciamento), ICTR-96-4-T, Tribunal Criminal Internacional para Ruanda (ICTR), 2 Out. 1998. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/402790524.html>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Promotor vs. Delali, Judgement, IT-96-21-T, 16 Nov. 1998. Disponível em: <http://www.icty.org/case/mucic/4>. Acesso em 25 nov. 2014.

_____. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, 1991. Disponível em: <[http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statuten](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statuten.pdf)>.pdf Acesso em: 15 nov. 2014.

NUREMBERG. Trial of the major war criminals before the international military tribunal, 14 Nov. 1945 a 1 Out. 1946. 1947 Disponível em: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2014.

PHELPS, Andrea R. Gender-Based War Crimes: Incidence and Effectiveness of International Criminal Prosecution, **12 William & Mary Journal of Women & Law**. 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol12>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

PIMENTEL, Silvia. **A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher: CEDAW 1979**. Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres: Brasília, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SADAT, Leila Nadya. **Forging a convention for crimes against humanity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <<http://gen.lib.rus.ec/book/index.php>>. Acesso em: 20 nov 2014.

SCHABAS, William A., Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Convention on the Rights of the Child. **William & Mary Journal of Women & Law**. 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol3>>, Acesso em 01 nov. 2014.

SCHABAS, William. **Genocide in international law**. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2000.

SHRAGA Daphna; ZACKLIN, Ralph. The International Tribunal for the Former Yugoslavia, **5 European Journal of International Law**. 360, 368 (1994); p. 363. Disponível em: <<http://www.ejil.org/issue.php?issue=63>>. Acesso em: 20 nov. 2014