



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

# **Uma Análise ao Julgamento do Caso Lubanga pelo ICC**

## **Das Crianças Soldado à Violência Sexual**

Dinarco Pimentel  
25/11/2013



DEPARTAMENTO  
DIREITO

## 1. CONTEÚDO

1. Conteúdo	2
2. Lista de abreviaturas	3
3. Abstract	4
4. Introdução	5
5. Mas qual a relevância histórica desta atuação?	6
6. O crime no contexto do “caso lubanga”	9
6.1 O recrutamento de crianças soldado	11
6.2 A violência sexual	15
7. O conceito de vítima no direito internacional penal	17
8. A necessidade de reparações coletivas	19
9. Conclusão	22
10. Bibliografia	24

## 2. LISTA DE ABREVIATURAS

al.	Alínea
art.º	Artigo
CAT	Convention Against Torture
Dr.	Doutor
Dra.	Doutora
ETPIJ	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia
ETPIR	Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
FPLC	Forces Patriotiques pour la libération du Congo
GM	Guerra Mundial
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICC/TPI	International Criminal Court / Tribunal Penal Internacional
ICCPED	International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance
ICL	International Criminal Law
OTP	Office of the Prosecutor
SGBV	Sexual and Gender Based Violence
Sr.	Senhor
TPIJ	Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
UN	United Nations
UNICEF	United Nations Children's Fund
UPC	Union des Patriotes Congolais
VIH/AIDS	Vírus da Imunodeficiência Humana / Acquired Immunodeficiency Syndrome

### 3. ABSTRACT

From the analysis of a document provided during International Criminal Law Course concerning to the prosecution and judgment of an insurgent group ex-leader from Democratic Republic of Congo, the Union of Congolese Patriot, Mr. Thomas Lubanga Dyilo, for his effective participation on war crimes, namely, the conscripting of child soldiers under the age of fifteen for his army, during the period between September 1st, 2002 and August 13th, 2003 it was clear that, during all the procedure, he wasn't accused (and, as a consequence, not charged) for the conduct of sexual practices associated to the child soldiers conscription, in spite of has been approached by the investigator, prosecutor, witnesses and Trial Chamber. Therefore, we understand that this crime, with deep traumatizing harmful consequences should be better considered in the international level, with a more effective protection, charging those who practices and discouraging who equate.

Hereupon, in this working paper, we try to understand these crime consequences not only for the child soldiers in the present but also their future and for their families, criticizing the way it was lead.

**KEYWORDS:** Child Soldiers, Collective Reparations, International Criminal Court, Lubanga's Case, Lubanga's Judgment, Sexual Violence, Thomas Lubanga Dyilo.

## 4. INTRODUÇÃO

A partir da análise do documento disponibilizado no decurso das aulas do curso de Direito Internacional Penal referente à acusação e julgamento do ex-líder de um movimento rebelde da República Democrática do Congo, a União de Patriotas Congolezes (UPC), designadamente, Sr. Thomas Lubanga Dyilo, por participação efetiva em crimes de Guerra, nomeadamente, o recrutamento de crianças como soldados para o seu exército, durante o período compreendido entre 1 de Setembro de 2002 e 13 de Agosto de 2003 ficou claro que o mesmo não foi acusado e, consequentemente, condenado por práticas relacionadas com crimes sexuais contra as crianças recrutadas com idade inferior a 15 anos, apesar de tal assunto ter sido abordado por testemunhas, vítimas, promotor e pelo próprio International Criminal Court (ICC).

Desta forma, entendemos que este crime, constituindo uma grave ameaça à integridade física e psíquica das vítimas, com consequências nefastas e profundamente traumatizantes deveria ser alvo de uma tutela mais efetiva no âmbito internacional, punido aqueles que o praticam e desencorajando os que a equacionam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Caso Lubanga, Crianças Soldado, Julgamento Lubanga, Reparações Coletivas, Thomas Lubanga Dyilo, Tribunal Penal Internacional, Violência Sexual.

## 5. MAS QUAL A RELEVÂNCIA HISTÓRICA DESTA ATUAÇÃO?

No contexto histórico, os crimes sexuais, bem como o recrutamento de crianças soldado despertaram reduzido interesse quando analisado no âmbito do Direito Internacional Penal, apesar de ser prática constante em contexto de Guerra. Tal como refere Norbert B. Wagner, citando Sarah L. Wells, “*o recrutamento e uso de crianças soldado é mais uma regra que uma exceção.*” (WAGNER, 2012)

Entendidos muitas vezes como uma consequência normal da guerra, uma vez que se tratava de um “quase-direito” dos exércitos como forma de recompensa, ou ainda, como forma de humilhação das comunidades a que as vítimas pertencem, têm como principais vítimas, indivíduos do sexo feminino (mas não apenas). Contudo, é certo que, independentemente do sexo, constitui uma grave violação direitos pessoais e absolutos, condicionando a autodeterminação das vítimas. No contemporâneo direito da Guerra, podemos encontrar a proibição da prática de violações no Código Lieber de 1863<sup>1</sup>, que procurava impor o respeito pelos usos e costumes da Guerra, sendo este crime punido com pena de morte.

Expressado nas quatro convenções de Genebra<sup>2</sup> de 1949 por referência à dignidade pessoal, à honra e ao pudor da mulher, é apenas na IV Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra que se enfatiza a necessidade de proteger as mulheres em situação de conflito armado. Contudo não procede a uma enumeração dos crimes de natureza sexual.

Nos Cartas de Nuremberga e Tóquio<sup>3</sup>, não consta qualquer referência às violações sexuais. No julgamento de Nuremberga, apesar de relatos de violações massivas, tal não foi objecto do julgamento uma vez que também os Aliados (vencedores) haviam praticado o mesmo crime que os Alemães (vencidos).

---

<sup>1</sup> “*The Lieber Code of April 24, 1863, also known as Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field, General Order № 100, or Lieber Instructions, was an instruction signed by President Abraham Lincoln to the Union Forces of the United States during the American Civil War that dictated how soldiers should conduct themselves in wartime. It was named after the German-American jurist and political philosopher Francis Lieber.*”, in Wikipedia, em 27 de Dezembro de 2012.

<sup>2</sup> Conjunto de tratados formulados em Genebra, (Suíça) que definia as normas e preceitos de Direito Internacional, mais concretamente, relativas ao Direito Humanitário Internacional.

<sup>3</sup> Conjunto de diretrizes que postulavam o que constituía Crime de Guerra os respectivos julgamentos de Nuremberga e Tóquio.

Já em Tóquio, não se procederam às condenações por violações na cidade chinesa de Nanjing como “*other inhumane acts*”, durante a II Guerra Mundial<sup>4</sup>, e caracterizados como o “*Forgotten Holocaust*”<sup>5</sup> (RIVIERA)

Também na II GM, esta questão não esteve presente nos julgamentos subsequentes, tendo vindo a ser designada de “*Forgotten Crimes in International Law*”. Tal aconteceu, provavelmente, porque os próprios julgadores cometeram as mesmas atrocidades. (AMBOS, Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2012)

Foi apenas a Lei N.º 10 do Conselho de Controlo Aliado, adoptada pelas potências Aliadas a 20 de Dezembro de 1945, a incluir expressamente a violação sexual no âmbito dos crimes contra a humanidade, sendo apenas consagrado posteriormente no estatuto dos Tribunais Ad-hoc para a Ex-Jugoslávia<sup>6</sup> e para o Ruanda<sup>7</sup>.

Foram esses tribunais os pioneiros a marcar o fim da impunidade dos crimes sexuais no contexto internacional. (art.º. 5.º, al. g) do ETPIJ<sup>8</sup> e art.º. 3.º al. g) do ETPIR<sup>9</sup>), cuja sua jurisprudência considera a violação sexual como crime de Guerra, crime contra a humanidade, ou como forma de tortura ou de genocídio.

Assim, os Estatutos e Jurisprudência dos TPIJ e do TPIR constituem uma etapa decisiva para a condenação dos crimes sexuais.

---

<sup>4</sup>1939-1945

<sup>5</sup>“*The Nanjing Massacre is known as the forgotten holocaust and very oddly, it truly has been forgotten. In this forgotten holocaust, three hundred thousand people were brutally murdered and 20,000 women were raped in the city of Nanjing, during the years of 1937-1938*”, (RIVIERA, 2012).

<sup>6</sup>Tribunal estabelecido pela resolução N.º 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 25 de Maio de 1993, com o objetivo de condenar os crimes cometidos no território da Jugoslávia, nomeadamente, violações graves do Direito Internacional Humanitário ocorridos desde 1991, nesse mesmo território.

<sup>7</sup>Tribunal estabelecido pela resolução n.º 955 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 8 de Novembro de 1994, com o objetivo de julgar as pessoas presumivelmente responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves do direito Internacional Humanitário, cometidos no território do Ruanda.

<sup>8</sup>“O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja:... (g) Violação.”

<sup>9</sup>“O Tribunal Internacional para o Ruanda tem competência para proceder contra os responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometido como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos:... (g) Violação.”

No que concerne a este tipo de crime e seu reconhecimento pelo Estatuto de Roma, estes encontram-se desvinculado das concepções ligadas à honra e à dignidade da mulher e da família, tipificando um conjunto de condutas reconhecidas internacionalmente (regras especiais em material processual e de proteção). Assim, no documento sobre os Elementos dos Crimes, fica estabelecido que a mesma conduta pode preencher diferentes tipos de crime, de acordo com a circunstância em que são realizados.

Neste seguimento, os crimes sexuais surgem no Estatuto do ICC como crimes de Guerra. O art.º 8.º, N.º 2, al. b) – XXII do Estatuto estabelece, por remissão para o previsto no art.º 7.º al. g), que os crimes sexuais podem assumir natureza de crimes de Guerra. E é no âmbito dos crimes contra a humanidade que encontramos a regulação da forma dos crimes sexuais como violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização à força ou “qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável”.

De notar ainda que, da análise do art.º 54, n.º 1, al. b) do Estatuto do ICC, onde se refere que quer no inquérito, quer durante toda a atuação, o procurador deverá ter em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o sexo (...) a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual.



## 6. O CRIME NO CONTEXTO DO “CASO LUBANGA”

Importa, primeiramente, entender a natureza do conflito em causa no julgamento do Sr. Lubanga. Assim sendo, de forma genérica, este conflito classificado por não internacional pelo promotor, foi considerado internacional pelo tribunal. Contudo veio a converter-se em não internacional por se considerar que “*nem a República Democrática do Congo, nem o Ruanda, nem o Uganda exerceram controlo global (overall control) sobre a UPC/FPLC*”. (AMBOS, El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis Integral de las Cuestiones Juridicas., 2012)

Posto isto, e reportando ao procedimento processual, onde a questão dos crimes sexuais foi (levemente) abordada, acabou por ser cabalmente ignorada na medida em que tal não foi tomado (pelo menos diretamente) em consideração na declaração da sentença.

A estratégia do promotor, focada no recrutamento e utilização de crianças soldado, e a sua decisão em não prosseguir os crimes sexuais conduziu à exclusão de um grande número de vítimas dos crimes que não foram incluídos na acusação. Para a Juíza Odio Benito, a inconsistência nos testemunhos que conduziram à sua exclusão do processo, não significa, necessariamente, que estas tenham mentido sobre a sua vitimização. “*Como resultado do medo de represálias por colaborarem com o ICC, uma vez que o julgamento é público, 106 das 129 vítimas-testemunhas pediram anonimato.*” (AMBOS, El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis Integral de las Cuestiones Juridicas., 2012)

Note-se, ainda, que “*a credibilidade das crianças soldado como testemunhas pode ser prejudicada pela sua tipificação como vítimas passivas desprovidas de capacidade.*” (DRUMBL, 2013)

É certo que a Dra. Juíza Elizabeth Odio Benito mostra-se preocupada e inconformada com o carácter das violações ocorridas contras as crianças, mas tal não é suficiente para condenar o Sr. Lubanga por tais crimes, uma vez que o promotor não atuou corretamente no apuramento dos factos.

De notar ainda que a Dra. Juíza Odio Benito refere que, o postulado no art.º 8º, Nº 2, al. b) – XXVI<sup>10</sup>(uma vez que estamos na presença de um recrutamento de crianças

---

<sup>10</sup> “*Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities.*” - art. 8º, Nº 2, al. b) – XXVI do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional



com idade inferior a 15 anos), constitui uma formulação demasiado ampla na medida em que não se encontra especificado qual a amplitude da expressão “*participar ativamente nas hostilidades*”. Desta forma, partilhamos da opinião da Dra. Juíza Elizabeth Odio Benito, uma vez que seria de considerar que o recrutamento de crianças com idade inferior a 15 anos do sexo feminino apenas se concretiza com a finalidade de satisfação sexual dos agentes que recrutam as mesmas.

Tratando-se de um crime de especial gravidade, sobretudo por ter sido consumado contra crianças com idades inferiores a 15 anos, consideramos que seja prudente, em futuros casos, o recurso ao acórdão emanado pelo ICC (International Criminal Court – ICC <sup>11</sup>) como forma de melhorar a atuação no processo de investigação de tais crimes, de modo a garantir uma maior efetividade na condenação destes crimes, passando a constituir um instrumento didático e pedagógico por forma a consciencializar futuros Promotores da necessidade de procederem a uma investigação rigorosa, precisa e efetiva de todas as suspeitas de crimes que possam ter ocorrido e que devem ser levadas a julgamento.

Mais ainda, e uma vez que se trata de um crime reconhecido pela comunidade internacional, e presente na *ratio legis* de todos os ordenamentos jurídicos internos, consideramos que seria coerente incluir EXPRESSAMENTE, no corpo do art.º 8º, N.º 2, al. b) – XXVI do ERTPI, numa próxima revisão a este Estatuto, o crime de violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força ou qualquer forma de violência no campo sexual de gravidade comparável associado ao recrutamento de crianças no contexto de conflito armado, como elemento possível, punível e *à priori* presumido, quer contra crianças do sexo masculino (quando aplicável), mas sobretudo contra crianças do sexo feminino.

Apesar deste tipo de crime se encontrar expressamente previsto como Crime de Guerra, de acordo com o enunciado no art.º 8º, N.º 2, al. b) - XXII, tal não se mostra suficiente, uma vez que, quando praticado contra menores de 15 anos recrutados, alistados ou usados para participar das hostilidades, este assume contornos diferentes, motivações distintas e propósitos desiguais, na medida em que os infractores, no abuso da sua posição dominante usam e abusam das crianças, quer como forma de humilhação, quer como forma de satisfazerem uma necessidade contra a vontade da vítima.

É este elemento volitivo (a vontade) que determina o crime propriamente dito, pois a ausência de vontade na prática de um ato sexual constitui violação.

---

<sup>11</sup>O Tribunal Penal Internacional (ICC), também conhecido como Corte Penal Internacional (CPI) é o primeiro tribunal penal internacional permanente. Foi estabelecido em 2002 na Haia, cidade onde fica a sua sede, conforme estabelece o artigo 3º do Estatuto de Roma.

No entanto, e dado que as crianças não possuem, à partida, capacidade jurídica, a mesma vontade, quando manifestada, deve ser entendida como inválida por serem menores e, por isso, mais facilmente vulneráveis e sujeitos a este tipo de crime.

Contudo, reconhecemos a dificuldade em conseguir provas inequívocas que determinem a condenação dos infractores, mas este é o trabalho dos promotores ao filtrar as informações e provas que consubstanciem essa atuação.

## 6.1 O RECRUTAMENTO DE CRIANÇAS SOLDADO

Tal como refere Claudia Morino, *“O termo “crianças soldado” não significa, apenas, duas simples palavras conjugadas. Mais do que isso, delimitam, nos dias de hoje, um mundo de crueldades cometidas sobre crianças mas, por vezes, também por elas”*.

A autora avança ainda que *“Uma das razões pela qual as Forças Armadas e outros grupos recrutam intensivamente crianças sustenta-se na realidade de que as mesmas são mais facilmente comandadas e demandadas que os adultos. Na verdade, são mais obedientes e dúcteis, bem como mais facilmente persuadidas ou forçadas a cometer atrocidades”* e ainda afirmado que *“É estimado que cerca de 300 mil crianças estão, ativamente, em combate. Desse número, cerca de 120 mil encontram-se apenas no continente africano. Nos últimos anos o recurso a crianças soldado, quer pelo próprio aparelho governamental, quer por grupos rebeldes, insurgentes, dissidentes ou similares, tem sido em África (em países como Angola, República Democrática do Congo, Serra Leoa, Burundi, Sudão, inter-alia) testemunhado e duramente condenado pela comunidade internacional”*. (MORINI, 2009).

No mesmo sentido, encontramos a opinião do autor Dr. Norbert B. Wagner, ao afirmar que *“É estimado que cerca de 300 mil crianças soldado estão, atualmente, a serem utilizadas como combatentes, espiões, bagageiros, serventes e escravos sexuais em forças e grupos armados”*. (WAGNER, 2012).

Citando o Dr. Norbert B. Wagner, *“A existência de crianças soldado é, em alguns casos, quase uma consequência inevitável da natureza do conflito, sobretudo quando os conflitos adquirem contornos, não de conflitos na acepção clássica de guerras ou conflitos armados internacionais, mas como conflitos num plano interno, no território de um Estado, entre um Estado e outro(s) agente(s) não Estaduais ou entre outros agentes não Estaduais, com especial destaque para as situações em que o armamento leve é*

*facilmente conseguido e a utilização de crianças é vista como necessária e de baixo custo para o confronto, mesmo contra o armamento sofisticado do adversário” (WAGNER, 2012).*

É certo que temos verificado um aumento do número de previsões legais no sentido da proteção das crianças. Contudo, continua sem existir qualquer sanção penal internacional para o recrutamento de crianças menores de 18 anos e maiores de 15 anos.

A idade é apenas um elemento que determina a classificação de criança como soldado. O outro elemento é situacional. Nomeadamente, o que conduz ou que circunstâncias são consideradas parte das crianças soldado? Quer os “CAPE TOWN PRINCIPLES” quer os “PARIS PRINCIPLES” protegem muito mais que apenas aquelas pessoas menores de 18 anos que “transportam” uma arma, envolvidas no combate ou que participam ou participaram diretamente das hostilidades. Incluí também as crianças utilizadas para atividades auxiliares (por exemplo, espiões, cozinheiros...) e ainda, as crianças forçadas à servidão sexual.

Nos termos da lei imperativa, no que diz respeito a grupos armados, o recrutamento de alguém menor de 18 anos é ilegal. Contudo, no que respeita à aplicação sancionatória, no âmbito internacional, ainda não é prática costume e convencional no seio das instâncias, atribuir responsabilidade penal individual para o recrutamento de crianças com idades compreendidas entre os 15 e 18 anos de idade.

No caso das forças armadas nacionais, é comum tomar como referência a idade de 18 anos, como idade dotada de capacidade volitiva e, por isso, dotada de responsabilidade penal individual. Uma minoria de Estados ainda permite o alistamento de voluntários com idades de 16 e 17 anos em forças armadas nacionais ou reservas. Seja exemplo, Cabo Verde, China, Cuba, Alemanha, Irlanda...(17 anos) e Singapura, Índia, U.K., Belize, Egito...(16 anos).

Nos termos do art.º. 26 do Estatuto de Roma, encontramos uma falta de jurisdição do ICC sobre aqueles menores de 18 anos. Desta forma, o ICC encontra sérias limitações nos processos a investigar ou a prosseguir quando se encontra na presença de pessoas com idade de 15, 16 e 17 anos de idade alegados de cometer atos de genocídio, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Tal traduz-se numa enorme e perigosa lacuna nos termos do Direito Internacional Penal. Não existe uma responsabilidade criminal internacional efetiva para adultos que recrutam crianças com



idades compreendidas nas acima identificadas, e conseqüentemente, o ICC debate-se com a impossibilidade de relacionar este comportamento com a sua conduta.

Em 2008, foi estimado que o recrutamento de crianças e a sua utilização nas hostilidades estendia-se a, pelo menos, 86 territórios por todo o mundo. E, em Dezembro de 2012, a UNICEF estimou que dezenas de milhares de crianças ainda estão envolvidas em conflitos violentos por todo o mundo.

Os discursos popularizados tendem a considerar crianças soldado como rapazes, mas cerca de 40% são raparigas.

As raparigas soldado, no que respeita a programas de reparação, são pobremente abrangidas, uma vez que não se verifica uma distinção efetiva quanto ao género no processo de reintegração e reabilitação após violência sexual e casamento forçado, não apenas por soldados adultos do sexo masculino, mas também por rapazes soldado, bem como por soldados adultos do sexo feminino ou outras raparigas soldado.

Não obstante o anteriormente escrito, as raparigas soldado enfrentam um elevado risco por exposição perigosa ao vírus do VIH/AIDS, entre outras doenças sexualmente transmissíveis, bastante comuns no ambiente e meio em que, geralmente, estes conflitos armados decorrem.

Ainda, as raparigas soldado que engravidam fruto de violência sexual raramente recebem cuidados pré-natal, expondo-as a graves problemas de saúde, incluindo mortalidade materna.

As que sobrevivem e se tornam mães enfrentam grandes desafios (assim como os seus filhos), nomeadamente no que respeita à sua reintegração pós-conflito, onde os seus filhos são vulgarmente estereotipados de “filhos da guerra”. Importa, neste sentido, salientar a descrição do promotor-chefe, Moreno-Ocampo, as crianças soldado “*como prisioneiros do passado, inubilmemente feridos, cujas repercussões se estendem no seu futuro, acabando por enveredar pela droga, prostituição, muitas vezes órfãos e desempregados, tornando-os cronicamente devastados, dependentes e fracos*”. (MORENO-OCAMPO, 2009)

Uma vez que se tratam de crianças, não é fundamental considerar o critério da obrigação/voluntariedade para a sua agregação às forças armadas. Por serem crianças, e sobretudo por este motivo, “*a sua vontade em alistarem-se não tem validade formal no*



*plano jurídico dado que não possuem um discernimento, conhecimento e compreensão adequada das consequências a curto, médio e longo prazo”.* (DRUMBL, 2013)

Se os crimes de recrutamento e utilização de crianças menores de 15 anos – art.º 8(2)(b)(XXVI) e 8(2)(e)(VIII) do Estatuto de Roma não foram praticamente relevantes em processos penais internacionais até ao caso em análise, neste caso, como resultado da mudança na caracterização do conflito, o crime de guerra do art.º 8 (2)(b)(XXVI) do Estatuto de Roma já não se aplica e assim, o difícil assunto dos grupos armados do tipo paramilitar como a UPC podem ser considerados equivalentes às forças armadas.

Assim, *“o crime de guerra que se aplica quando o conflito não é de índole internacional – art.º 8 (2)(e)(VII) do Estatuto de Roma, cobre de maneira mais ampla o recrutamento (recrutar e alistar) de crianças menores de 15 anos nas forças armadas ou grupos armados”.* (AMBOS, El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis Integral de las Cuestiones Juridicas., 2012)

Independentemente do anteriormente referido, as crianças soldado devem ser entendidas como vítimas passivas (ou seja, sem culpa), psicologicamente devastadas e irreparavelmente danificadas e perturbadas, provocando, tal como afirma Mark Drumbl, a diminuição da *“credibilidade das crianças soldado como testemunhas (...) pela sua tipificação como vítimas passivas desprovidas de capacidade.”* (DRUMBL, 2013)

Tal como refere Kai Ambos, *“devemos entender “alistar” como algo voluntário em contraste com “recrutar” que se trata de algo forçoso. Com a conduta de alistamento, a decisão voluntária da vítima poderia ser considerada como um crime de guerra uma vez que a decisão autónoma da criança (se é que tal é possível) faz parte da definição da conduta e, portanto, tipo. Se, em contraste, se atua contra a vontade da criança aplicar-se-ia a conduta de recrutamento. (...) Deste modo, a relação entre alistamento e recrutamento evita qualquer lacuna de punibilidade já que, independentemente da forma como a criança se junta ao grupo armado, esta é sempre delituosa.* (AMBOS, El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis Integral de las Cuestiones Juridicas., 2012)

Note-se ainda que, para a Juíza Odio Benito, de cada um dos crimes (alistamento e recrutamento) resultam danos para as vítimas e suas famílias, independentemente deste comportamento ser voluntário ou não, bem como se a sua utilização se desenrola de forma ativa ou passiva.

## 6.2 A VIOLÊNCIA SEXUAL

A violência sexual pode ser criminalizada explicitamente ou implicitamente. A criminalização implícita em sentido clássico constitui a classificação de ofensa sexual como uma ofensa à honra e à dignidade da vítima.

Nos dias de hoje, a violência sexual é explicitamente criminalizada na secção de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Para além de uma ofensa à dignidade, podemos encontrar implicitamente também noutros tipos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, em particular naqueles q afectam a integridade do corpo humano e do direito de reprodução.

*“Na ICL, estes tipos de crime são, vulgarmente, entendidos como crimes contra a humanidade, na acepção de ofensa à dignidade, tortura e genocídio.”* (AMBOS, Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2012)

Partilhando da opinião do autor Mark A. Drumbl, em termos de violência sexual (onde se inclui a escravidão sexual), o tribunal que julgou o caso decidiu, durante as várias fases do processo, não incluir, pelos menos diretamente, tais atrocidades. Embora se sentisse no dever de o fazer, também sentiu que, com base na totalidade das provas, não seria possível concluir que a violência sexual contra estas crianças foram suficientemente generalizadas.

Assim, a violência sexual não pôde ser parte integrante na avaliação da culpabilidade em sede de sentença.

O tribunal considerou ainda não provada a alegação que o Sr. Lubanga descriminou, deliberadamente, mulheres ao cometer tais crimes.

Em posição dissidente, a Juíza Odio Benito, considera as punições e violência sexual, bem como os danos daí resultantes, tinham sido provados para além da razoabilidade.

A partir da análise das provas produzidas pelo Dra. Schauer, médica especializada em psicologia clínica, a Juíza Odio Benito, aponta os factos danosos fundamentais praticados pelo Sr. Lubanga e que provocaram síndromes de stress pós-traumático, quer nos jovens, quer nas suas famílias.

A Juíza refere ainda que, como resultado da idade de muitas das vítimas, estas podem nunca serem capazes de ficarem totalmente reparadas pelos danos que sofreram e continuam a sofrer.

Assim, julgar o Sr. Lubanga pelo recrutamento, alistamento e uso de crianças soldado, não reflete o conjunto completo dos crimes praticados, tornando o julgamento pouco amplo.

A violência sexual constitui, em nosso entender, um ato praticado não apenas contra crianças mas também contra adultos, embora os primeiros sejam, *à priori* mais vulneráveis. Tal comportamento assume-se como uma verdadeira frustração da condição social, moral, psicológica, física e religiosa das vítimas, conduzindo, muitas vezes a situações marginalizantes e discriminizantes.

Aceitar que tais crimes possam decorrer sem qualquer punição é, igualmente, aceitar que tais crimes possam ocorrer livremente e, com isso, reduzir a dignidade moral e a integridade física e psíquica das vítimas a um mero acessório.



## 7. O CONCEITO DE VÍTIMA NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

A definição de vítima pelo direito internacional encontra-se intimamente relacionada como o direito de reparação que presume a existência de uma vítima cujos direitos foram violados. Posto isto, *“a definição de vítima torna-se uma chave central na definição dos beneficiários de reparações, fruto de violações.”* (CONTRERAS-GARDUÑO, 2012).

Podemos extrair tal definição de alguns princípios de convenções internacionais. A saber, a “Convention Against Torture” (CAT) e “International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance” (ICCPED).

A primeira estabelece, no art.º 14, a vítima como *“alguém que sofreu um ato de tortura”*, tal como definido no art.º 1º do mesmo documento.

O segundo proclama, no art.º 24(1), que vítima significa a *“pessoa desaparecida e qualquer indivíduo que sofreu danos como resultado direto de desaparecimento forçado.”*

Não obstante tais conceptualizações, podemos encontrar uma melhor definição do conceito de vítima nos arts.º 1<sup>12</sup>, 2<sup>13</sup> e 18<sup>14</sup> da “1985 UN VICTIMS DECLARATION”<sup>15</sup>, no princípio 8<sup>16</sup> e 9<sup>17</sup> da “2005 UN VAN BOVEN”<sup>18</sup>, e ainda, na norma 85 das “ICC RULES

<sup>12</sup> ““Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power.”

<sup>13</sup> “A person may be considered a victim, under this Declaration, regardless of whether the perpetrator is identified, apprehended, prosecuted or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim. The term “victim” also includes, where appropriate, the immediate family or dependents of the direct victim and persons who have suffered harming intervening to assist victims in distress or to prevent victimization.”

<sup>14</sup> ““Victims” means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that do not yet constitute violations of national criminal laws but of internationally recognized norms relating to human rights.”

<sup>15</sup> Também conhecido por: “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”

<sup>16</sup> “For purposes of the present document, victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that constitute gross violations of international human rights law, or serious violations of international humanitarian law. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term “victim” also includes the immediate

OF PROCEDURE AND EVIDENCE” que refletem, também, a condição e pressupostos da caracterização de vítima.

O tribunal define vítimas de forma mais ampla, fazendo referência à “*soft law*”, como alguém que sofreu danos, individuais ou coletivos, direta ou indiretamente, incluído lesões físicas e/ou mentais, sofrimento emocional, perdas económicas ou diminuição substancial dos seus direitos fundamentais.

Desta forma, “*o tribunal considerou não apenas vítimas as crianças soldado que foram recrutadas, como também os seus pais e outros familiares, face ao enorme impacto colateral que os crimes internacionais têm em terceiros e o imenso sofrimento emocional e psicológico que muitas vezes sofrem.*” (AMBOS, El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis Integral de las Cuestiones Juridicas., 2012).

Em nosso entender, no conceito de vítima devem caber todos os sujeitos passivos, ou seja, pessoas físicas e jurídicas, em sentido singular ou em coletividade, nascituros ou outros indivíduos titulares de direitos que, direta ou indiretamente sofreram, em resultado de uma ação ou omissão, um dano na sua esfera jurídica, no que respeita aos seus direitos, liberdades e garantias, tal como postulados nas convenções internacionais de proteção dos direitos, pela sua redução, restrição opressão, violação, desrespeito, e/ou privação, mediante sofrimento físico, mental, psicológico, económico, social, moral, religioso, sexual, familiar e étnico, condicionando, desta forma o autodesenvolvimento pessoal e a autodeterminação individual.

---

*family or dependents of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization.”*

<sup>17</sup> A person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the violation is identified, apprehended, prosecuted, or convicted and regardless of the familial relationship between the perpetrator and the victim.

<sup>18</sup> Também conhecido por: “*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*”

## 8. A NECESSIDADE DE REPARAÇÕES COLETIVAS

A exclusão dos crimes de índole sexual com base no género/sexo (SGBV) causou, durante muito tempo, grande debate no seio da comunidade internacional e do ICC sobre a forma procedimental a implementar durante a(s) fase(s) de reparação.

A questão central debatia-se sobre se essa reparação dever-se-ia cingir às vítimas diretamente atingidas ou deveria estender-se aos familiares e afins dessas mesmas vítimas, vivas ou não?

Pela primeira vez no Caso Lubanga, o ICC pôde implementar o sistema de reparações, fornecendo a possibilidade de conciliar a justiça retributiva à restitutiva. No entanto, será necessário entender que o escopo limitado dos crimes pelos quais Lubanga foi acusado, colocam o ICC numa situação delicada.

A saber:

1. A falta de investigadores especialistas em questões de género
2. O fracasso em procurar assistência junto de grupos de mulheres como informadoras
3. Uma aversão em prosseguir alguns crimes

Tais debilidades deveram-se, sobretudo, a uma investigação aquém do necessário embora, tal como um investigador referiu: *“we knew that during the killings, rapes happened (but) the idea was that the first ICC trial could not fail to organize a good trial, the prosecutor selected child soldiers”* (WIERSING,2012)

Tal decisão veio a prejudicar o modo de atuação do ICC, sobretudo no que respeita às reparações, ao considerar vítimas apenas aqueles que sofreram danos como resultado dos crimes da acusação.

Na lei internacional, a obrigação de reparações foi reconhecida à muito tempo.

A título de exemplo, na Comissão da Verdade e Reconciliação (PERU), no relatório final, ficaram concluídas as consequências do conflito armado e da violência política entre os anos de 1980 e 2000, onde quase 70 mil pessoas foram mortas ou desapareceram. Note-se que grande parte dessas pessoas eram membros de comunidades indígenas pobres e marginalizadas. Neste caso, a Comissão recomendou

ao Estado do Peru, *inter-alia*, a criação de um programa de reparações, que incluísse a reparação colectiva às vítimas.

Também a Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) garantiu a reparação coletiva nos casos que envolviam a violação grave dos direitos humanos sobre um elevado número de vítimas. Por exemplo, no “Plan de Sanchez”, o tribunal decidiu que o Estado da Guatemala fosse responsável pelo massacre contra a população Maya, onde mais de 250 pessoas foram assassinadas. Neste caso, o tribunal garantiu a reparação coletiva para os sobreviventes do massacre.

A decisão aplicada no caso Lubanga alvo de análise, aparentemente segue a mesma ideologia e crença da necessidade de um programa de reparação coletiva para aqueles que foram sujeitos à violação dos seus direitos, bem como para aqueles que indiretamente também foram vítimas. Contudo, importa entender que o próprio julgamento em si não contemplou todas as formas de vitimização e, por isso, o programa a realizar apresentará, em todo o caso, um grande deficiência.

Para a Lei Internacional, os Estados têm o dever e obrigação de proceder a reparações quando cometem atos que provoquem sérios danos.

Esta obrigação foi estabelecida como princípio de Direito Internacional pelo tribunal permanente de justiça internacional no caso “Chorzow Factory”, *onde se considera que a violação de um compromisso envolve a obrigação de o reparar de forma adequada e, sempre que possível, “restitutio in integrum”*. (WIERSING, 2012)

Não se trata apenas de uma obrigação do Estado, mas também um direito das vítimas.

Importa tomar em atenção os “2005 UN VAN BOVEN PRINCIPLES” criados como um instrumento de inspiração para os Estados e Tribunais Internacionais no que respeita a reparações. (CONTRERAS-GARDUÑO, 2012)

De acordo com este documento, postula-se o seguinte:

- a) A restituição deverá ter lugar para restaurar às vítimas a situação em que se encontravam antes da violação, no que respeita à liberdade, gozo de direitos humanos, sociabilidade e propriedade.
- b) A compensação deverá ser atendida no caso de danos económicos, por forma a providenciar uma proporcional e apropriada quantia económica de modo a garantir uma fiel recuperação em função dos danos e violações. Esta compensação deverá contemplar danos morais e patrimoniais, bem como oportunidades perdidas.

- c) A reabilitação deve incluir tratamento médico e psicológico, bem como serviços legais e sociais.
- d) A Satisfação (largo número de medidas) no sentido de procurar cessar todo o tipo de violações, a verdade, a recuperação e enterro de desaparecidos, obter pedidos de desculpa públicos, sanções judiciais e administrativas, comemorações e homenagens.
- e) Garantir a não-repetição, com reformas orientadas para fortalecer a independência do poder judicial, promover a observância de normas, promover mecanismos para prevenir e orientar conflitos sociais e respetivas soluções.

## 9. CONCLUSÃO

Uma vez que o Direito Internacional Penal constitui um Direito em plena evolução e progresso, cremos que essa evolução passará também pelo alargamento dos crimes puníveis no sentido de criar um sentimento de segurança e justiça no seio da comunidade internacional, de modo a garantir a necessária punição dos infractores, conseguida em grande parte pela Jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Jugoslávia e para o Ruanda no que respeita aos crimes de carácter sexual, mas também pela atualização e especificação progressiva de determinados conceitos e peculiaridades que permitem interpretar um crime ou atuação ilícita como tal.

O reconhecimento internacional de uma justiça que tome em consideração o género tem crescido. Contudo, esta concepção pode ser posta em causa na aplicação do caso Lubanga, uma vez que estes crimes não constam de quem foi formalmente acusado (pelo menos de forma direta).

Refira-se que a justiça retributiva, como conceito inerente a todos os processos criminais de âmbito internacional, foi aceite como objectivo primordial do ICC. A um nível internacional, esta justiça atua e tem um papel fundamental na educação pública, sobretudo para a interpretação do que aconteceu e como importante prerrogativa para a harmonia internacional por forma a garantir que ninguém está acima dos direitos humanos universais e qualquer desrespeito grave não será tolerado. (WIERSING, 2012)

Contudo, um sistema que assenta na acusação criminal dos dissidentes tem limitações.

Dessa forma, acreditamos que teria sido prudente um melhor acompanhamento na fase de inquérito, de modo a garantir as provas necessárias que determinassem a condenação dos indivíduos responsáveis pela prática deste crime, contribuindo para uma melhor e mais efetiva justiça, agravando a pena aplicada ao Sr. Lubanga, não apenas pela criação um sentimento de segurança no seio das comunidades afectadas, mas também como desmotivação da prática de futuros crimes de âmbito sexual no contexto de guerra, sobretudo contra crianças, por forma a que a violência sexual deixe de constituir uma “Arma Invisível” como vem definido na obra *“Sexual Violence. An invisible weapon of war in the former Yugoslavia”* (BOUSSIOUNI & MCCORMICK, 1996)

Refira-se, por fim, que tal como afirmado por Mark A. Drumbl, o gabinete do promotor (OTP) negligenciou a supervisão dos intermediários usados nas investigações, o que influenciou o modo de condução do processo, *“bem como a prova testemunhal que, por meio de manipulações, levou o tribunal a considerar estas crianças como*



*vulneravelmente manipuláveis na posição de testemunhas, pela prestação de depoimentos contraditórios, distorcidos, irreais, com vacilações e não plausíveis, o que determinou o afastamento de grande parte deles". (DRUMBL, 2013)*

Em nosso entender, a simples prossecução do crime de recrutamento e alistamento de crianças com idade inferior a 15 anos provocou uma profunda lacuna ao omitir da sentença de julgamento os crimes de índole sexual envolvidos na conduta alvo de julgamento. Com esta omissão, os crimes sexuais ora praticados ficaram impunes pela sua não persecução pelo Promotor e, por isso, não tidos em conta no apuramento da sentença.

Se, por ventura, tais crimes se encontrassem implícitos na conduta de alistamento, mas sobretudo, de recrutamento tal situação não aconteceria.

Uma vez não inclusos, poderá equacionar-se que o concurso destes dois crimes, distintos mas conexos, compensa. Contudo, esta afirmação não é nem pode ser verdade, devendo, em todos os casos, os responsáveis por tais atos serem punidos.

Mais se adianta que, esta exclusão dos termos do julgamento provocou uma descredibilização e ignorância da situação débil e precária em que as vítimas (em sentido amplo) ficaram no período pós traumático.

Embora não tenha sido objeto do julgamento, as reparações coletivas a ocorrerem, deverão ter em consideração os fatos inexplicavelmente ignorados, uma vez que a gravidade dos mesmos apresenta contornos devastadores muito para além das próprias pessoas sujeitas a eles.

Tal exclusão das reparações coletivas provocaria o mesmo sentimento expressado pelas vítimas de violência sexual ocorridas no caso da Bósnia e Herzegovina, onde atualmente as vítimas sobreviventes continuam a sofrer em silêncio... Muitas delas sofrendo de trauma, bem como outros sintomas físicos e psicológicos. Sem capacidade ou vontade de regressarem aos locais pré-guerra, onde tais crimes foram consumados e onde, em muitos deles, se encontram os criminosos. Não obstante, muitos dos sobreviventes vivem, hoje, em condições de pobreza extrema, sendo incapazes de conseguir meio de sustento, por discriminação, estigmatização e marginalização que se verifica também no seio dos cuidados de saúde, ensino, educação...

Apesar de ter sido conferido o direito à reparação das vítimas no caso da Bósnia e Herzegovina, os sucessivos governos falharam em garantir esse direito.



## 10. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, K. El Primer Fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor V. Lubanga): Un Analisis de las Cuestiones Juridicas 3/2012 2012.

AMBOS, K. Sexual Offences in International Criminal Law, With a Special Focus on the Rome Statute of the International Criminal Court. 2012.

BOUSSIOUNI C. & MCCORMICK M.. Sexual Violence, An invisible weapon of war in the former Yugoslavia. Occasional Paper N.º 1, 1996.

CONTRERAS-GARDUÑO, D. Defining Beneficiaries of Collective Reparations: The experience of the IACtHR. Amsterdam Law Forum, 2012, 4:3, 40-57.

DRUMBL, M. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. Washington & Lee Public Legal Studies Research Series, 2013.

FILDALGO, S. M. Os crimes Sexuais no Direito Internacional Penal 2008.

GOUVEIA, J. B. Direito Internacional Penal - Uma Perspectiva Dogmática-Crítica. In. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

INTERNATIONAL, A. Whose Justice? The Women of Bosnia and Herzegovina. United Kingdom: A.I. PUBLICATIONS, 2009.

MORENO-OCAMPO, L. Opening Statement in Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. In.: Trial, 2009.

MORINI, C. First Victims then Perpetrators: Child Soldiers and International Law 2009.

PARTIES, A. O. S. Elements of crime. In.: International Criminal Court, 2002, vol. ICC-ASP/1/3(part II-B).

PEREIRA, M. D. A. D. V. Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia. In C.D.S.D.N. UNIDAS ed. *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 407-419.

PEREIRA, M. D. A. D. V. Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda. In C.D.S.D.N. UNIDAS ed. *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 421-433.

PEREIRA, M. D. A. D. V. Princípios de Nuremberga, 1950. In C.D.D.I.D.N. UNIDAS ed. *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 249-250.

PEREIRA, M. D. A. D. V. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In *Textos de Direito Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 297-370.





RIVIERA, L. The Forgotten Holocaust. *Holocaust Eddays* [Type of Work]. Available from Internet: <<http://remember.org/imagine/china.html>>.

WAGNER, N. B. Child Soldiers 2012, 5.

WIERSING, A. Lubanga and its Implications for Victims Seeking Reparations at the International Criminal Court. *Amsterdam Law Forum*, 2012, 4:3, 22-39.



R. Dr. António Bernardino de Almeida,  
541/619, 4200-072 Porto

T +351 22 557 20 00  
M +351 96 977 39 67  
[upt@upt.pt](mailto:upt@upt.pt)

GPS  
41° 10' 49.16" N  
8° 36' 18.17" W

[www.unf.pt](http://www.unf.pt)