

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

VINICIUS MEDEIROS ASSEF

**CRIMES DE GUERRA CIBERNÉTICOS E A RESPONSABILIDADE DE
COMANDO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

CURITIBA

2017

VINICIUS MEDEIROS ASSEF

**CRIMES DE GUERRA CIBERNÉTICOS E A RESPONSABILIDADE DE
COMANDO PERANTE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
no Curso de Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Profº. Dr. Rui Carlo Dissenha.

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo o apoio, exemplo, por me ensinarem o valor do trabalho honesto, por sempre acreditarem em mim e por garantirem que eu sempre tivesse as oportunidades que vocês nunca tiveram.

À minha irmã, Fernanda, pelas madrugadas sem dormir enquanto conversávamos, pelos bilhetes colados na porta, pelo companheirismo, carinho, paciência e pela amizade de uma vida.

Aos professores Rui Carlo Dissenha e Guilherme Brenner Lucchesi, que no final de 2015 me deram a oportunidade de me envolver com o projeto do *Team UFPR*, abrindo uma porta para um campo do Direito pelo qual me encantei, e por todo o conhecimento que me passaram nestes anos.

Em especial, ao GEPPI e aos times de 2016 e 2017 da UFPR, que entre *cases* e *pledges* fizeram os dois últimos anos da minha graduação os melhores.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre crimes de guerra e os ataques cibernéticos existentes. Nesse sentido, busca-se a reconstrução histórica do Direito Penal Internacional, focando no crime de guerra, até as concepções modernas positivadas no Estatuto de Roma. Assim, de forma específica, se estudará o conceito de crime de guerra dentro do Artigo 8º do Estatuto, percebendo seus elementos objetivos e subjetivos, além da responsabilização pelo cometimento de atos. Também, se estudará a responsabilidade de comando, tema pertinente aos crimes de guerra, e como ela pode ser utilizada dentro do âmbito cibernético. Por fim, se analisará casos de ataques cibernéticos realizados até hoje, em especial os casos da Estônia e Geórgia, e buscará compreender se os dispositivos atuais são suficientes para a proteção da ordem jurídica contra esse método de guerra.

Palavras-chave: Crimes de Guerra; Tribunal Penal Internacional; crimes cibernéticos; espaço cibernético;

ABSTRACT

The following research aims to analyze the relation between war crimes and the existing cyberattacks. Therefore, it will seek the historical reconstruction and background of International Criminal Law, focusing on war crimes, from early ages to its modern conceptions inside the Rome Statute. Consequently, in a specific way, it will study the concept of war crime inside article 8 of the Statute, perceiving its objective and subjective elements, besides the liability for the perpetration of such acts. Also, will be studied the command responsibility, an important liability mode inside war crimes, and how it can be applied into the cyberspace. Lastly, it will analyze cases of cyberattacks realized until today, in specific, the cases of Estonia and Georgia, and try to comprehend if the items of the statute are sufficient to the protection of the victims against this method of warfare.

Key Words: War Crimes; International Criminal Court; Cyberattacks; Cyberspace.

LISTA DE ABREVIACOES

AGNU	-	Assembleia Geral da ONU
CSNU	-	Conselho de Segurança das Nações Unidas
ONU	-	Organização das Nações Unidas
TPI	-	Tribunal Penal Internacional
TPII	-	Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPIR	-	Tribunal Penal Internacional para a Ruanda

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	Uma análise histórica do Direito Penal Internacional.....	10
2.1	A pré-história do Direito Penal Internacional: Da Grécia Clássica à Idade Média.....	10
2.2	O caso Peter von Hagenbach	13
2.3	Experiências no século XIX.....	17
2.4	Versalhes e os Tribunais ad hoc.....	18
2.5	O Tribunal Penal Internacional.....	24
3	O Crime de Guerra	26
3.1	O conceito atual de crime de guerra	26
3.2	Os elementos do Crime de Guerra	29
3.3	A responsabilidade de Comando	30
4	A Guerra cibernética e o Tribunal Penal Internacional	37
4.1	Sociedade e Guerra cibernética	37
4.2	Os casos da Estônia e Geórgia.....	40
4.2.1	Estônia.....	40
4.2.2	Geórgia.....	42
4.3	A caracterização e responsabilização do Crime de Guerra cibernético ...	43
4.3.1	Territorialidade.....	43
4.3.2	Os crimes cibernéticos contêm os requisitos para serem considerados crimes de guerra.	44
5	Conclusão.....	46
6	BIBLIOGRAFIA	48

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem, cada vez mais, se tornado uma sociedade virtual, ou, como fora chamada por Howard Rheingold, uma sociedade da informação¹. Hoje, fazem parte da nossa realidade redes sociais, as compras coletivas, os sites de entrega, aplicativos de *delivery*, simuladores de auto-escolas e até cinemas em quatro dimensões. Enfim, tudo tem se informatizado, aproximando o que antes havia como clara distinção entre o mundo digital e o mundo real à uma linha tão tênue ao ponto de atos feitos naquele mundo terem impacto claro neste.

Asseverar, hoje em dia, que o que fazemos em nossos computadores é totalmente descolado da realidade parece ser uma premissa inocente. Não são poucas as notícias de fatos aparentemente virtuais de grande impacto. Entre esses atos, pode-se citar exemplos positivos como as petições coletivas, os planejamentos de viagens de turismo e reuniões de negócios e diplomáticas, até bancas de monografias realizadas a distância.

No entanto, embora os vários progressos e benefícios que a “era cibernética” trouxe a sociedade de forma geral, não se pode negar que suas ferramentas foram, e ainda são, utilizadas para fins escusos, de forma a cometer crimes aparentemente protegidos por alguma clandestinidade dentro deste novo mundo. Assim, surgiram os chamados crimes cibernéticos, que podem ir de acessos de informações privadas, o sequestro de sistemas operacionais e vazamento de fotos à completa paralisação de todo um servidor governamental de abastecimento de energia. A dependência da virtualidade gerou, em si, uma nova fronteira da vida, e nela, um espaço inteiramente novo onde podem ocorrer os mais diversos atos ilícitos.

Mais importante, ainda, é que esta modernização e consequente criação de novo espaço, criou o que hoje se tornou uma nova fronteira de guerra, a Guerra Cibernética². Dentre as inovações bélicas da nossa era, pode-se citar as unidades de ataques cibernéticos e coalizões governamentais de hackers. Além, grupos independentes e células terroristas também adentraram o espaço

¹ RHEINGOLD, Howard. In: WELLMAN, Barry. **The internet in Everyday life**. Maldem, Blackwell Publishing, 2002. p. 32

² GERVAIS, Michael. **Cyber Attacks and the Laws of War**. Yale Law School, 2011 Disponível em <<<https://ssrn.com/abstract=1939615>>> p.2

cibernético, utilizando da rapidez e facilidade dos sistemas para efetuar, por exemplo, ataques a servidores de informações confidenciais, como o caso dos Anonymous, e perfis já identificados do Estado Islâmico.

Ultimamente, em especial com relação à países como Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, e também com organizações como a OTAN, a prevenção e preparação para um conflito cibernético são assuntos de importância máxima, tendo sido um novo, porém importante, tema de discussão dentro do direito internacional.

Cabe lembrar que, em um mundo cada vez mais informatizado, os atos de guerra praticados dentro do chamado *cyberspace* possuem uma capacidade de dano gigantesca, com baixa mínima de pessoal e quase nenhum dano material. Esses atos de guerra, por sua vez, tornam-se preocupantes vistos deste aspecto, uma vez que a possibilidade de se atingirem populações não-combatentes, e o imenso número de perdas decorrentes destes atos, configurariam crimes de guerra e requerem de punição no plano internacional. O corte, por exemplo, de comunicações em aeroportos, ou sistemas informatizados de abastecimentos de hospitais e água, provocariam um número de causalidades que nenhuma invasão de batalhões conseguiria em tão pouco tempo, sem a necessidade de destruição material.

Um novo cenário de guerra já existe, e a tipificação e punição de crimes de guerra dentro desta nova área de conflito é essencial para a proteção de populações civis e contenção de excessos que possam ser utilizados pelas partes beligerantes. Essa punição, dentro das devidas competências, no plano internacional, caberia ao Tribunal Penal Internacional, estabelecido pelo Estatuto de Roma. Como e quem punir são os grandes desafios a serem enfrentados nesse novo cenário da sociedade.

Desta forma, o presente trabalho busca, após uma reconstrução histórica do Direito Penal Internacional, analisar os principais elementos que compõem o conceito de crimes de guerra e, assim, perceber se tais elementos são suficientes para enfrentar eventuais crimes provenientes destes novos conflitos.

2 UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL.

Compreender o Direito Penal Internacional, assim como qualquer outro ramo do Direito, é também compreender a construção deste ramo ao longo da História. Embora se exista alguma discussão dentro da doutrina de qual seja o marco inicial efetivo do Direito Penal Internacional, é possível encontrar algumas características deste campo desde a Grécia Antiga, até se tornar o ramo autônomo nos dias de hoje. Assim, o presente capítulo se voltará à análise deste caminho percorrido, de forma a assimilar como os conceitos atuais foram montados.

2.1 A pré-história do Direito Penal Internacional: Da Grécia Clássica à Idade Média

O conceito de Crime de Guerra não nasceu pronto, mas sim foi uma construção histórica de muito tempo. Embora Cícero, o respeitado orador romano, tenha afirmado em seus discursos que as leis são silenciosas em tempos de guerra, tal afirmação não se sustenta hoje em dia, e, mesmo em sua época, experiências de regulações de conflitos internacionais já eram realizadas mostrando uma realidade contrária aquela em que ele buscava sustentar.

A chamada pré-história do Direito Penal Internacional, ou seja, o momento situado no tempo e no espaço aonde começa-se a observar o início da regulamentação da guerra, foi explicada pelo *Prosecutor* do Tribunal de Nuremberg, Ben Ferencz, em seu livro *Enforcing International Law*. Ferencz afirma que, na Grécia Antiga³, as Cidades-estados, em casos de conflitos, enviavam delegados a um Conselho Anfictiônico responsável por estabelecer uma série de regras, inclusive determinando períodos de cessar-fogo, em especial nos dias religiosos.

Os delegados de cada *Polis* acordavam sobre chamados “códigos de conduta” e juravam respeitá-los, uma vez que as infrações à essas regras

³ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 1

poderiam ser punidas⁴ através de multas, expulsão da Cidade-estado das ligas gregas ou até mesmo o uso de força coletiva contra o agressor.

Ainda que se possa argumentar que os Conselhos da Grécia Clássica fossem mais religiosos que políticos, e pouco havia de jurídico nas regras e juramentos, não se pode deixar de notar que tais conselhos serviram de base para as federações atuais⁵. É também necessário reconhecer que os Conselhos Anfictiônicos e as Ligas Gregas, mesmo sendo produto de uma cultura helênica única, eram formados por unidades políticas autônomas entre si, as *Poleis*, demonstrando um primeiro passo na internacionalização do Direito de Guerra, e posteriormente, de um Direito Penal Internacional.

Com a ascensão romana, e conseqüente derrocada das Cidades-Estados da Grécia, o modo de ver a guerra também se alterou. Baseados na filosofia socrática⁶, os romanos possuíam a visão de um código de lei “natural”. Conforme assinalou Ferencz, o principal método para reforçar a lei era a própria força militar.

Essa visão romana justifica a ideia de Cícero, apresentada no início do trabalho, de que não haveria lei em estado de guerra. O mesmo orador, ainda, afirmava que a ocorrência da guerra deveria ter motivo justo⁷, ou sejam em defesa da honra ou do território.

Se faz necessário, no entanto, sublinhar uma lei a respeito da Guerra neste momento histórico. O romano que iniciasse uma guerra contra a vontade do Senado⁸, seria preso e entregue aos seus inimigos. Ainda que esta seja uma lei local, mostra ao menos que a guerra deveria ser aprovada, e que havia certa regulação da matéria ao menos nas entranhas da política romana.

É verdade que, em comparação aos gregos, a evolução jurídica nesse campo foi precária, e pouco se fez com relação ao direito da guerra. Isso se dá por conta de que o expansionismo sempre foi uma marca dos romanos da

⁴ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 24

⁵ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 24

⁶ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 24

⁷ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 25

⁸ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 25

antiguidade, e uma possível proliferação jurídica contra a guerra iria contrastar com os interesses do Império.

Ressalta-se, porém, a contribuição do vasto império romano em difundir uma cultura jurídica civilista forte, que formou, junto aos costumes bárbaros, as bases do Direito Comum Europeu, uma experiência internacional da Idade Média com muito mais frutos do que a Roma Antiga.

A queda do Império Romano do Ocidente, marcando o fim da Antiguidade Clássica, resultou também na fragmentação do poder político existente no mundo. Desta forma, aonde havia um grande poder, agora era tomado por pequenos centros e castelos. A Igreja Católica foi a única instituição romana a sobreviver o colapso de Roma, e, com isso, se manteve com influência e poder entre os novos governantes.

Essa influência, conforme discorre Ben Ferencz⁹, era fundamental para manter a paz entre os reinos. Aqui, de forma mais evidente, se encontra uma instituição “supra estatal” controlando o exercício da guerra e eventuais punições. Não se poderia dizer, ainda, que a Igreja era supra estatal pois, na Idade Média, ela própria acumulava terras, possuía exércitos, e se comportava no cenário político como se um Estado fosse.

De toda forma, Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha¹⁰ foram pensadores eclesiásticos que fundamentaram o requisito para uma guerra. Semelhante ao visto com os Romanos, uma guerra poderia ser travada se ela fosse considerada “justa”. As ideias de “Paz de Deus e Trégua de Deus”, que constituíam um período necessário de paz por conta de religiosidade, encontram semelhança nos conselhos Anfictiónicos da Grécia antiga. Nessa época, a grande punição para os infratores era a excomunhão. Os esforços para regular a guerra constituíam o chamado *ius ad bellum*¹¹.

⁹ FERENCZ, Ben. Enforcing International Law. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 26

¹⁰ FERENCZ, Ben. Enforcing International Law. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 25

¹¹ SCHAACK, Beth Vaan; SLYE, Ron. A concise history of International Criminal Law. Santa Clara University School of Law. Disponível em: <<<http://ssrn.com/abstract=1016152>>> p.4 acesso em 12/08/2017

A Idade Média foi uma época onde a maior preocupação era justificar a guerra, e não controlar como buscamos hoje. É desse pensamento¹² que surge a *Summa Theologica*, de Tomás de Aquino, que continha a definição do que seria uma guerra justa na visão da Igreja. Seria uma luta contra os infiéis, defendendo a fé, sem razões escusas. Dessa forma, se garante a paz com o medo da excomunhão, e se canaliza a guerra pelas Cruzadas.

O avanço no direito internacional de maneira geral se encontra na proliferação de tratados, pelo gradual fortalecimento da diplomacia e pela valorização da honra e do comprometimento entre as partes.¹³ Percebe-se que, para reforçar a validade de tratados, muitas vezes eram assinados na presença de testemunhas, ou por meio de alianças e confederações, que garantiam o cumprimento dos termos. Fora isso, ainda pode-se concluir que não havia nascido nada em relação ao Direito Penal Internacional.

2.2 O caso Peter von Hagenbach

Estudar a história do Direito Penal Internacional é, em algum momento, estudar o caso Peter Von Hagenbach. Conforme afirma o professor Gregory Steven Gordon, em seu artigo "*The Trial of Peter von Hagenbach*"¹⁴, é uma premissa compartilhada pela maior parte dos historiadores deste campo que o julgamento de Hagenbach, em 1474, em Breisach, é o primeiro caso de julgamento internacional por crimes de guerra.

Outra voz fundamental a respeito do caso é a do Professor Georg Schwarzenberger, que traça um paralelo entre Hagenbach e Nuremberg.¹⁵ Segundo Schwarzenberger, o caso de Hagenbach é predecessor das discussões existentes em Nuremberg, e merece ser tratado com a devida importância

Hagenbach foi julgado por vinte e oito juízes de províncias e cidades-Estado da Europa, por acusações de assassinatos e estupro cometidos

¹² FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 27

¹³ FERENCZ, Ben. *Enforcing International Law*. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983, p. 27.

¹⁴ GORDON, Gregory S. *The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law*. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, acesso em 13 de junho de 2017.

¹⁵ SCHWARZENBERGER, Gerold. *Breisach Revisited. The Hagenbach Trial of 1474* In: ALEXANDROWICZ, C. H. *Grotian Society Papers*. Haia. Springer Science Business Media, 1970(p. 46-51). P. 46

enquanto era Duque dos territórios da Alsácia, de 1469 a 1474. Ainda, o caso é considerado fundamental para a evolução do Direito Penal Internacional por ter considerado o estupro como crime de guerra e rejeitado, pela primeira vez, a excludente de mero cumprimento de ordens superiores¹⁶.

Gregory Gordon traz uma importante discussão a respeito do caso. Similarmente ao tratado no tópico anterior, é possível questionar o caráter “internacional” do caso Von Hagenbach, uma vez que muitas das Cidades-Estado e regiões da Alsácia se encontravam dentro do território do Sacro-Império Romano Germânico¹⁷. No entanto, o próprio professor ressalta que, conforme Schwarzenberger¹⁸ o poder germânico já se encontrava em declínio, além do fato de que existiam juízes de cidades dentro da influência suíça, o que caracterizaria a internacionalização do julgamento.

O caso de Peter von Hagenbach tomou tanta influência que foi considerado por Michael Scharf e Willian Schabas, dois dos maiores autores do Direito Penal Internacional atual como o marco inicial da história dos julgamentos de crimes de guerra.

Definida sua importância, cumpre entender no que consistiu exatamente o caso de Peter von Hagenbach, para então compreender suas implicações no Direito acerca dos Crimes de Guerra.

A figura de Hagenbach foi, inicialmente, pintada pelos seus julgadores como a de um “mal encarnado”.¹⁹ Conforme o professor Gordon demonstra, o “*Baillif*” – título dado a ele por Carlos, o Audaz para comandar a Alsácia – foi durante muito tempo pintado como um homem sem o menor pudor ou compaixão. Ressalta-se, porém, que todos os escritos da época do julgamento foram feitos por suíços ou franceses, inimigos dos Burgúndios de Hagenbach.

¹⁶ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017.

¹⁷ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 4

¹⁸ SCHWARZENBERGER, Gerold. Breisach Revisited. The Hagenbach Trial of 1474 In: ALEXANDROWICZ. C. H. Grotian Society Papers. Haia. Springer Science Business Media, 1970(p. 46-51), p. 48

¹⁹ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 10

Em 1957, no entanto, o historiador alemão Hildburg Braurer-Gramm²⁰ escreve uma biografia de Hagenbach, num tom mais moderado. Na obra, Braurer-Gramm reforça as qualidades tirânicas do *baillif*, destacando, no entanto, sua competência militar e a segurança pública trazida por ele à região.

De uma forma ou de outra, é consenso entre os historiadores que, numa Europa pré-Westfaliana, a ordem política se encontrava fragmentada em diversos pequenos ducados, federações e principados. A Igreja Católica e o Sacro Império Romano perdiam poder na ordem política. Foi nesse contexto que Carlos, o Audaz²¹ liderou os burgúndios para a conquista dos territórios da Alsácia. Com a França de um lado, os germânicos, os austríacos e os suíços de outro, Carlos cedeu o controle da região para seu homem de confiança: Peter von Hagenbach.

No contexto de erosão política, Hagenbach acabava por representar a antiga ordem feudal²², frente aos anseios do início da burguesia – em boa parte representada pelos mercadores suíços. O conflito entre essa classe e o *baillif* era justamente o que desencadearia no maior julgamento da época.

Mesmo antes de se tornar *baillif*, a fama de Hagenbach já era conhecida como um homem violento, sendo ele o responsável por sufocar de forma sangrenta a rebelião na cidade de Liège²³, na atual Bélgica. Ao assumir o posto como duque da Alsácia, Hagenbach ²⁴ aumentou a taxaçoão dos produtos, buscando desagradar a burguesia. Ainda, segundo Barante²⁵, uma série de violências sexuais foi cometida pelo *baillif*, inclusive contra freiras.

²⁰ BRAURER-GRAMM, Hildburg apud. GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, acesso em 13 de junho de 2017.

²¹ GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 13

²² GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 14

²³ GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 19

²⁴ GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 21

²⁵ GORDON, Greogry S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrK>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 21

A derrocada de von Hagenbach ocorre, no entanto, na tentativa de conquistar a cidade de Mulhouse. Utilizando-se basicamente da truculência, Hagenbach destruiu o comércio e violentou cinco mulheres da cidade.

Sendo um homem indecoroso e violento, Hagenbach foi bem-sucedido apenas em arregimentar inimigos. Dentro de seu próprio território, os motins começaram. Apoiada pela população civil, em Abril de 1974²⁶, a própria guarnição de Hagenbach o prendeu. Devido à sua posição, Hagenbach foi agraciado com a possibilidade de um julgamento. Vinte e oito regiões soberanas de toda a Alsácia, vale do Reno e regiões suíças enviaram representantes para formar a corte.

No dia 9 de maio de 1974²⁷, iniciava-se o primeiro julgamento internacional de crimes de guerra da história. O promotor era o novo *bailliff*, apontado pelos austríacos. Entre as acusações estavam: assassinato, perjúrio, conspiração para assassinato e estupro.²⁸

A tese da defesa, construída na falta de competência da corte, uma vez que somente uma autoridade Burgúndia poderia julgar Hagenbach, foi desmerecida. Ainda, as defesas específicas também foram descartadas.

Por fim, Peter von Hagenbach foi considerado culpado por todos os seus atos, e sentenciado à morte²⁹. Mais tarde, no mesmo dia, foi executado.

Delineado o caso, parece claro que Peter von Hagenbach foi o primeiro caso internacional de Crimes de Guerra. Isso porque, conforme Gregory Gordon³⁰, ainda que geograficamente alguns dos juízes fossem parte do Sacro Império, este encontrava-se em erosão, e as suas regiões fragmentavam-se em principados e com relativa independência.

²⁶ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 28

²⁷ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 30

²⁸ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 32

²⁹ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 35

³⁰ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 41

Também, constituíram crimes de guerra uma vez que os atos cometidos pelo *bailiff* da Burgúndia ocorreram em momentos de conflito³¹. A hostilidade do Ducado da Burgúndia – terra de Hagenbach – contra a Liga Suíça era real. Avança-se, mesmo assumindo que não houvesse hostilidade direta entre as nações, a mera ocupação beligerante, que é clara no caso, é suficiente para ultrapassar as barreiras modernas da concepção de crime de guerra.

Assim, é com certa segurança que se afirma existir neste ponto, enfim, o início concreto da história do Direito Penal Internacional, e por conseguinte, dos crimes de guerra.

2.3 Experiências no século XIX

A noção de Guerra Justa do mundo medieval havia se dissipado. A visão da guerra no século XIX, e em especial aproximando-se da Primeira Guerra, era, em muito, diferenciada da pregada por Santo Agostinho. A guerra agora era vista como uma expressão da soberania do Estado, e um instrumento eficiente de política externa e pressão diplomática³²

Embora existam reconhecidos avanços no Direito Internacional, e em específico no Direito Penal Internacional nos séculos seguintes a Hagenbach, notadamente pelos tratados de Hugo Grotius, salta aos olhos a experiência do Lieber Code na experiência estadunidense.

Antonio Cassese, em seu manual, afirma que o famoso Código de 1863, feito pela ordem de exército nº. 100 foi aplicada durante a guerra civil americana. O Lieber code foi encarado como de caráter privado³³, não realizado em “nível estatal” segundo o autor.

Somada a essa visão, Cryer, Friman, Robinson e Wilmshurst destacam a importância desta experiência por redefinir os costumes de guerra do ocidente nos séculos recentes. Estes escritores afirmam ainda que a codificação do direito dos conflitos em nível internacional teve impulso também nos escritos de Henri Dunant, um empresário de Geneva que testemunhou os resultados da Batalha de

³¹ GORDON, Gregory S. The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2017, p. 42

³² SCHAACK, Beth Vaan; SLYE, Ron. A concise history of International Criminal Law. Santa Clara University School of Law. Disponível em: <<<http://ssrn.com/abstract=1016152>>> p.4

³³ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 38

Solferino. O abandono dos feridos o levou a publicar um apelo que levou à criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha³⁴. Ainda, a adoção da Convenção de Genebra sobre os feridos em campo de 1864 também deve ser destacada nesse momento.

Entretanto, conforme explica o professor Rui Carlo Dissenha, ainda que louváveis todas as experiências trazidas até o momento, nenhuma delas conseguiu efetivamente ser de caráter internacional, mas sim manifestações do poder interno.³⁵ Tal situação, no entanto, começa a se alterar já no início do Século XX, marcado pelas Guerras Mundiais.

2.4 Versalhes e os Tribunais ad hoc.

O advento do século XX, para a história do Direito Penal Internacional, foi o marco de um intenso florescimento. Já nos primeiros anos, em 1907, pode-se destacar as Regulações de Haia, que, conforme Cryer, Friman, Robinson e Wilmschurst, reconheciam que o direito das partes beligerantes em adotar meios de combate não era ilimitado. Ainda, conforme aponta Bassiouni³⁶, neste século, entre 1919 e 1994, foram estabelecidas cinco comissões internacionais de investigação, além de quatro tribunais ad hoc.

A primeira instituição de destaque neste século deve ser a Comissão de Responsabilidades dos Autores da Guerra, feita em 1919, estabelecida pelos países Aliados na Conferência de Paz em Paris. Tal comissão tinha como propósito processar os atos do Kaiser alemão Wilhelm II, além dos oficiais alemães e turcos por “crimes cometidos contra as leis da humanidade”³⁷. Tais negociações vieram a ser conhecidas pelo nome de Tratado de Versailles.

A comissão, em 1920, ofertou seu relatório submetendo uma lista de 895 nomes de supostos criminosos de guerra. Cabe ressaltar que, conforme critica Bassiouni, embora as acusações tenham sido levantadas, os oficiais turcos

³⁴ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmschurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 268

³⁵ DISSENHA, Rui C. **Por uma Política Criminal Universal: Uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais**, Universidade de São Paulo, 2013, p. 111

³⁶ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 1

³⁷ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 2

tiveram anistia através do Tratado de Lausanne, firmado em 1923³⁸. Eventualmente, dos 895 indiciados, apenas 12 foram a julgamento³⁹, e destes metade foi absolvida.

Categoricamente, para Antonio Cassese, essa primeira experiência foi um fracasso⁴⁰, salvo poucas exceções como nas cortes em Istambul, que efetivamente trouxeram oficiais turcos à justiça pelo assassinato em massa de armênios.

Assim, embora efetivamente internacional, a experiência vinda com o Tratado de Versailles não resultou em grande sucesso. Ainda que Cassese, como visto acima, culpe o pequeno número de procedimentos realizados, Bassiouni afirma que a investigação não era mais politicamente interessante aos poderes aliados.⁴¹ Segundo o autor, o processo internacional não apenas falhou em si mesmo, mas aumentou o ceticismo dos líderes nacionais que lideraram a Segunda Guerra Mundial.⁴²

Seja pelo fracasso desta tentativa, ou qualquer outro argumento, houve então a Segunda Guerra Mundial. Em proporções ainda maiores que a primeira, a Segunda Grande Guerra chocou o mundo com o avanço militar dos países. Não somente pelas baixas militares, as atrocidades da Segunda Guerra⁴³ compeliram os países aliados, após sua vitória, a dar uma resposta judicial aos horrores cometidos pelo genocídio nazista⁴⁴ e pelos crimes de guerra japoneses na região da Manchúria e Singapura. Segundo Cassese⁴⁵, a convicção global emergiu de uma visão de soberania total para uma visão de que a tirania não poderia

³⁸ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 3

³⁹ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 328

⁴⁰ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 328

⁴¹ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 3

⁴² BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p.5

⁴³ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 5

⁴⁴ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 329

⁴⁵ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 330

desrespeitar a dignidade humana, e que deveria existir uma punição para tais atos.

Em 1942, ainda antes do final da guerra, os países aliados assinaram um tratado estabelecendo a Comissão das Nações Unidas para Crimes de Guerra. A chamada Declaração de Saint James, como ficou conhecida, foi o primeiro passo para a posterior criação do Tribunal Militar Internacional em Nuremberg⁴⁶.

Com a derrota alemã e japonesa, os países vitoriosos precisaram discutir suas próprias estratégias de como lidar com a situação. Conforme relata Bassiouni⁴⁷, Stalin buscava um tribunal especial para julgar Hitler e seus auxiliares mais próximos. Já os americanos e franceses queriam um tribunal forte de maior abrangência, que servisse para estabelecer um marco histórico e educar o mundo. Em contrapartida, os ingleses advogaram que um processo judicial poderia transformar a corte em um fórum de justificação nazista.

Conforme Cassese⁴⁸, um fator determinante para a decisão da instalação do Tribunal Militar internacional foi o caráter coletivo dos crimes nazistas. O massacre dos prisioneiros de guerra e a perseguição de grupos específicos como judeus e ciganos eram indicativos de uma política perseguida pelo Estado Nazista. A consequência para tais atos deveria ser dada por um organismo internacional, e não pelo novo estado alemão.

Assim, em 1945, na Conferência de Londres, o chamado “Big Four” – França, União Soviética, Inglaterra e Estados Unidos – se reuniu. O resultado da conferência foi a Carta de Nuremberg, que estabeleceu o Tribunal. Entre os crimes, o Tribunal de Nuremberg julgaria os chamados crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Um ponto destacado por Bassiouni⁴⁹ é que a Carta de Nuremberg desenvolveu o Direito dos Conflitos Armados de maneira progressiva, removendo

⁴⁶ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 330

⁴⁷ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 6

⁴⁸ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 331

⁴⁹ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 7

a defesa de obediência a ordens superiores, tornando-a apenas a uma faceta mitigadora da responsabilidade e não exoneradora.

Ao contrário do número homérico de indiciados na Primeira Guerra, o TMI indiciou vinte e quatro pessoas. Destas, vinte e duas efetivamente foram processadas, e três inocentadas. Dos condenados, doze foram enforcados, três foram sentenciados à prisão perpétua e os outros receberam penas entre dez a vinte anos. Goering cometeu suicídio antes do fim do processo⁵⁰.

Bassiouni, em tom crítico, releva que todos os julgados pelo tribunal eram alemães, e nenhum militar das forças aliadas foi perseguido, demonstrando que havia, contudo, apenas um lado da moeda sendo tratado⁵¹.

Ainda no contexto da Segunda Guerra, Cassese ressalta o papel do Tribunal de Tóquio, criado pela declaração de Potsdam⁵². O autor ressalta que foi modelado com Nuremberg, com pequenas diferenças. Ainda, este tribunal foi intensamente criticado por impor uma “justiça dos vitoriosos”, como se estivesse se tratando de uma “vingança pelo ataque a Pearl Harbor”.

Cassese ainda afirma que os dois tribunais possuíam juízes eleitos pelos países vencedores, com promotores eleitos pelos países vencedores, o que pode indicar a não existência de independência nos julgados⁵³.

Como marco final da parte histórica, cabe recordar o estabelecimento dos Tribunais Ad Hoc da Ruanda e da Antiga Iugoslávia. Schabas afirma que a ONU não se envolveu diretamente em Nuremberg⁵⁴. Porém, quando a guerra voltou a devastar a Europa, em 1993, a AGNU aproveitou o momento para reforçar um pedido antigo, o estabelecimento de um tribunal internacional. Embora inúmeros conflitos armados tenham existido ao longo do século, os ocorridos no território da

⁵⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 7.

⁵¹ BASSIOUNI, M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 7.

⁵² CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 332.

⁵³ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 332.

⁵⁴ SCHABAS, William A. – **The UN international Criminal Tribunals: Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. New York, Cambridge University Press, 2006 p. 5.

antiga Iugoslávia e da Ruanda fizeram renascer o sentimento de ultraje aos direitos humanos tal qual na Segunda Guerra⁵⁵.

Nestes casos, coube ao Conselho de Segurança das Nações Unidas instalar Tribunais com o poder de perseguir eventuais crimes cometidos nestes conflitos e restaurar a paz e a segurança⁵⁶.

Assim, em 22 de fevereiro de 1993, o Conselho de Segurança, através da Resolução 808 decide em seu primeiro item⁵⁷ que será estabelecido um tribunal para julgar graves violações ao direito humanitário dentro do território que pertencia à Iugoslávia. Bassiouni enumera essas violações em quatro categorias⁵⁸: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e violações às Convenções de Genebra.

Importante ressaltar que, ao contrário de Nuremberg, o Tribunal da Antiga Iugoslávia buscou se afastar dos entendimentos políticos, segundo Bassiouni⁵⁹. O autor afirma que um dos modos desse afastamento foi o não financiamento do Tribunal pelo conselho de segurança, mas sim pela Assembleia Geral, buscando não contaminar politicamente os julgamentos existentes.

Quase concomitante ao Tribunal da Antiga Iugoslávia, foi passada a Resolução 955, estabelecendo o Tribunal Penal Internacional de Ruanda, com jurisdição temporal estabelecida logo em seu primeiro artigo, sendo dentro de todo o ano de 1994⁶⁰. Ao contrário do caso iugoslavo, o Tribunal de Ruanda não previa a figura do crime de guerra. Bassiouni afirma que, no caso de Ruanda, uma vez que a guerra civil prejudicou imensamente o país, as Nações Unidas foram compelidas a lidar com uma série de problemas logísticos e políticos para o

⁵⁵ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 335.

⁵⁶ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 336.

⁵⁷ _____. Resolução 808 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf>, acesso, 02/08/2017

⁵⁸ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 13.

⁵⁹ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 13.

⁶⁰ _____. Estatuto do Tribunal Penal Internacional de Ruanda, disponível em: <<http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ict_r_EF.pdf>>, artigo 1º, acesso em 02/08/2017.

estabelecimento do Tribunal, incluindo a negociação acerca da possibilidade de pena de morte para os envolvidos.⁶¹

Ainda que os estatutos dos Tribunais fossem diferentes, eles possuíam o mesmo promotor⁶², Richard J. Goldstone, assumiu em 1994 após a renúncia de Ramon Escovar Salom que sequer assumiu o cargo. Goldstone seguiu como promotor até 1996, sendo substituído por Louise Arbour⁶³. Ambos os tribunais também possuíam a mesma Câmara de Apelação. Segundo Cassese, esse detalhe demonstra a necessidade de assegurar uniformidade à administração da justiça internacional.

O autor segue dizendo que os problemas de logística e administração das cortes ad hoc tiveram como resultado uma menor inclinação do Conselho de Segurança no estabelecimento de novos tribunais⁶⁴. Eventualmente, o Conselho foi forçado a lidar com a situação em Serra Leoa, que atraiu a atenção da mídia pelas graves violações aos direitos humanos, e, em outubro de 2000, estabeleceu novamente um Tribunal ad Hoc. Aqui, ressalta Schabas, não houve o mesmo processo de criação como os outros tribunais, mas por um tratado bilateral⁶⁵

Outra crítica existente é a trazida por Hannah Arendt⁶⁶, analisando o caso de Adolf Eichmann. Segundo a visão da autora, os julgamentos nestes casos de crimes internacionais tendem a ser feito de forma pré-resolvida. Não há um julgamento, mas sim o que foi chamado de “show trial”. Martii Koskenniemi também se posiciona a respeito deste problema ao tratar do caso Milosevic⁶⁷. Embora reconheça que tornar o julgamento em espetáculo é problemático, o autor também sopesa o fato de que tais julgamentos auxiliam na educação e prevenção

⁶¹ BASSIOUNI, M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 15.

⁶² CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 340.

⁶³ _____. Lista de Procuradores do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia. Disponível em: << <http://www.icty.org/en/about/office-of-the-prosecutor/former-prosecutors>>> acesso em 19.11.2017

⁶⁴ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 340.

⁶⁵ SCHABAS, William A. – **The UN international Criminal Tribunals: Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. New York, Cambridge University Press, 2006 p. 5.

⁶⁶ Arendt, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalização do mal**, São Paulo, Editora Schwarcz, 2011, p. 275

⁶⁷ Marui Koskenniemi. **Between Impunity and Show Trials**, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 6, 2002,

de novos episódios internacionais de mesma magnitude⁶⁸. Fica assim o paradoxo, segundo Koskenniemi, de buscar a verdade histórica de tais momentos, o que por vezes silenciaria o acusado e criaria o espetáculo, ao mesmo tempo de dar a ele o direito de defender-se⁶⁹;

Ainda em 1997, analisando o histórico dos tribunais ad hoc, Bassiouni concluiu que tais experiências confirmaram a necessidade de um sistema permanente de justiça penal internacional. Segundo o autor, o ICTY e o ICTR, além dos outros tribunais ad hoc, estavam restritos no tempo e espaço, julgando apenas determinados conflitos e determinadas pessoas, embora os princípios tratados tivessem amplitude geral. Outro ponto fundamental levantado foi que um mesmo delito poderia ser julgado de maneira desigual, dependendo da corte. A uniformização acabaria com tal desigualdade, e universalizaria a justiça penal internacional.⁷⁰

2.5 O Tribunal Penal Internacional

A criação, enfim, do Tribunal Penal Internacional, não ocorreu de forma rápida. Cassese⁷¹ pontua que em 1989 a AGNU buscou a chamada Comissão de Direito Internacional (CDI) para que essa estabelecesse perante a comunidade internacional uma análise a respeito de uma corte internacional permanente. A CDI, em 1990, apresentou um relatório favorável ao estabelecimento da corte, e foi encorajada pela Assembléia Geral a continuar o relatório e realizar um primeiro projeto de estatuto. A discussão acerca do estatuto foi realizada com intensa participação e negociação de países e organizações não governamentais. Kai Ambos, por exemplo, afirma que 250 delegações de ONG's, chamadas de "Coalizão por um TPI", participaram dos relatórios e discussões, junto com 128 países.⁷²

⁶⁸ I Marui Koskenniemi. **Between Impunity and Show Trials**, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 6, 2002, Pg. 11

⁶⁹ Marui Koskenniemi. **Between Impunity and Show Trials**, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 6, 2002, Pg 35

⁷⁰ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 19.

⁷¹ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 340

⁷² AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law. Volume 1: Foundations and General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Em 1994, o estatuto foi apresentado e, após algumas modificações, foi ratificado na Conferência Diplomática de Roma, em 1998, no chamado Estatuto de Roma.⁷³ Quatro anos depois, em julho de 2002, entrava em vigor o Estatuto de Roma, e assim, o Tribunal Penal Internacional, contendo uma lista própria de 50 ofensas que, segundo Cryer⁷⁴, possuía o objetivo de refletir a lei costumeira ao invés de criar lei nova.

Finalmente, estabelecido o Tribunal Penal Internacional, atingiu-se, ao menos formalmente, o propósito buscado por Bassiouni⁷⁵. Conforme Cryer ressalta⁷⁶, a corte seria uma espécie de última linha de defesa, não suplantando os sistemas dos países. Tal princípio, conhecido como o Princípio da Complementaridade, vem estampado logo no preâmbulo do Estatuto de Roma, enfatizando que o TPI é complementar às jurisdições nacionais⁷⁷.

⁷³ CASTRO, Cássio Benvenuti de. **(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre, Editora Verbo Jurídico, 2011, p. 64

⁷⁴ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 152

⁷⁵ BASSIOUNI. M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997, p. 19.

⁷⁶ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 153

⁷⁷ International Criminal Court. **Rome Statute of The International Criminal Court**. The Hague, 2015, p. 1

3 O CRIME DE GUERRA

3.1 O conceito atual de crime de guerra

Em seu manual, Cassese⁷⁸ define crimes de guerra como violações do direito costumeiro em conflitos armados, ou de regras de tratados dentro do Direito Internacional Humanitário.

O conceito atual de crimes de guerra tem sua fonte, também, no julgamento realizado pelo TPII no caso Tadic⁷⁹. Segundo o estatuto do TPII, o crime de guerra era considerado da seguinte forma, em tradução livre:

Artigo 3:

Violação das leis ou costumes de guerra:

O Tribunal Internacional terá o poder de processar pessoas que violarem leis ou costumes de guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a:

- (a) utilização de armas venenosas ou outras armas que causem sofrimento desnecessário;
- (b) Destruição de cidades ou vilas, ou devastação não justificada por necessidade militar;
- (c) ataque ou bombardeio, por qualquer meio, por cidades, vilas ou construções desguarnecidas;
- (d) captura, destruição ou dano contra instituições dedicadas a religião, caridade e educação, artes, ciências, monumentos históricos e trabalhos artísticos ou científicos.
- (e) pilhagem de propriedade pública ou privada.⁸⁰

Quando decidindo sobre o caso, a Câmara de Apelação do TPII confirmou que o crime de guerra é uma infração séria ao direito humanitário e costumes de guerra nos conflitos, envolvendo graves consequências para a vítima.⁸¹

⁷⁸ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 47

⁷⁹ _____ . ICTY. Prosecutor vs. Tadic. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal for Jurisdiction. 1995 Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>> para. 94

⁸⁰ No original:

“Article 3 Violations of the laws or customs of war

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons violating the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to:

- (a) employment of poisonous weapons or other weapons calculated to cause unnecessary suffering;
- (b) wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
- (c) attack, or bombardment, by whatever means, of undefended towns, villages, dwellings, or buildings;
- (d) seizure of, destruction or wilful damage done to institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historic monuments and works of art and science;
- (e) plunder of public or private property” Disponível em: <<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf>> acesso em 05/11/2017

⁸¹ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 340.

Outro ponto relevante para o atual conceito de crimes de guerra é que estes podem ser cometidos tanto em conflitos entre Estados, como em conflitos internos⁸², ou seja, em guerras civis ou conflitos entre grupos armados dentro de um mesmo estado. Peça central para este entendimento, novamente, foi o caso Tadic, dentro do TPII, conforme explicita Cassese. Cryer adiciona que tal decisão foi rapidamente digerida dentro do Direito internacional, sendo prontamente repetida pelo TPIR, no caso Kanbayashi⁸³.

Em 1996, Kanyabashi foi acusado de genocídio e incitação ao genocídio, além de violações ao Artigo 3º da Convenção de Genebra de 1949. Em 1997, sua primeira linha de defesa foi afirmar que o TPIR não possuía jurisdição no caso, uma vez que o conflito existente à época, em Ruanda, não ameaçava a paz internacional, tratando-se apenas de um conflito interno⁸⁴. A corte, no entanto, seguiu o entendimento do TPII, desmerecendo a defesa afirmando que não havia base para afirmar que a competência da corte existiria apenas em conflitos internacionais pré-existentes.⁸⁵

Desta forma, com toda a experiência anterior do TPII e TPIR, o Estatuto de Roma, em seu artigo 8º, traz um imenso rol de condutas em conflitos internacionais e não internacionais, que caracterizariam crimes de guerra. Desde violações às Convenções de Genebra de 1949 até humilhações e tratamentos degradantes a prisioneiros, o Estatuto dispõe 55 tipos diferentes de ações que constituiriam a ofensa. William Schabas, comparando o estatuto do TPI com o de Nuremberg, deixa claro que o artigo sobre crimes de guerra é mais substancial e forte do que os lacônicos dispositivos da corte pós Segunda Guerra⁸⁶. No entanto, o autor ressalva que a complexidade e detalhamento do artigo se deve ao medo dos Estados em serem processados por crimes de guerra, afirmando que quanto

⁸² CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 47.

⁸³ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 277

⁸⁴ MORRIS, Virginia. **Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction. Case No. ICTR-96-15-T. In.** The American Journal of International Law. American Association of International Law, Vol. 92, No. 1 (Jan., 1998 pp. 66-70), p. 66.

⁸⁵ MORRIS, Virginia. **Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction. Case No. ICTR-96-15-T. In.** The American Journal of International Law. American Association of International Law, Vol. 92, No. 1 (Jan., 1998 pp. 66-70), p. 67

⁸⁶ SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. New York, Cambridge University Press, fourth edition, 2011, p.125.

mais complexo e detalhado fosse o tipo, estreitar-se-ia a possibilidade de perseguição ao crime de guerra.⁸⁷

De forma geral, Cassese entende que o Estatuto de Roma aparenta ser benéfico em muitos aspectos referentes ao Direito Penal Internacional, uma vez que os crimes foram definidos de maneira detalhada, de forma a tornar estreita a defesa de *nullum crimen sine lege*. No entanto, algumas críticas são tecidas no tocante aos Crimes de Guerra.

Um exemplo de um efeito retrógrado⁸⁸ no estatuto é a diferenciação de algumas leis aplicáveis. Dentro do Artigo 8º, existe uma distinção entre a regulação de crimes de guerra em conflitos internacionais e crimes de guerra em conflitos internos. O autor classifica a distinção como confusa, uma vez que a tendência deveria ser abolir a distinção e possuir um corpo de leis voltado a ser aplicável aos conflitos em geral.

Este ponto foi assunto de controvérsia dentro dos trabalhos preparatórios do próprio Estatuto. Muitos delegados de Estados tentaram não reconhecer a existência de crimes de guerra dentro dos conflitos internos, pois seria isso matéria de interesse puramente estatal. Ainda que se assuma que tal justificativa é correta, Cassese ressalta que isso cria uma dicotomia e contraria o objetivo fundamental de um direito humanitário internacional.⁸⁹

Na mesma linha de crítica se situa Michael Newton⁹⁰, afirmando que o artigo 8º do estatuto não se encontra alinhado com a prática militar, embora reconheça os avanços e refinamentos técnicos existentes, podendo criar um conjunto jurisprudencial através de interpretações paralelas⁹¹

Em suma, o conceito de crime de guerra contido no artigo 8º é extremamente detalhado e técnico, de forma a especificar elementos objetivos e subjetivos da conduta, os possíveis autores e vítimas, e de forma geral representa

⁸⁷ SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. New York, Cambridge University Press, fourth edition, 2011, p. 126

⁸⁸ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 61.

⁸⁹ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p.78

⁹⁰ NEWTON, Michael A. **Charging War Crimes: policy and prognosis from a military perspective**. In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015, p.733

⁹¹ NEWTON, Michael A. **Charging War Crimes: policy and prognosis from a military perspective**. In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015 p.761

um avanço no Direito Penal Internacional. Porém, não está ainda livre de críticas e vícios.⁹²

3.2 Os elementos do Crime de Guerra

Um elemento essencial do crime de Guerra é o nexa com um conflito armado, segundo Cryer⁹³. Esse nexa é um dos requerimentos estritos contidos no artigo 8 do Estatuto de Roma.

De maneira geral, os elementos do crime de guerra podem ser encontrados na decisão do caso Naletilic and Martinovic:

“Article 2 of the Statute deals with grave breaches of the Geneva Conventions of 1949. The applicability of Article 2 of the Statute is subject to four prerequisites: an armed conflict must exist; there must be a nexus between this conflict and the crimes alleged; the armed conflict must be international in scope; (...)”⁹⁴.

O crime de guerra, dentro da doutrina do Direito Penal Internacional, é subdividido em dois aspectos. O primeiro deles é chamado de aspecto objetivo, ou actus reus, que consiste principalmente na análise do fato, da ação cometida pelo indiciado. Cassese ressalta ainda que as classes de crimes de Guerra possuem em comum um elemento objetivo: são crimes cometidos contra pessoas que não fazem parte das hostilidades⁹⁵, ou grupos protegidos como os feridos e os naufrágos. Em geral, compreende-se tal classe de pessoas como civis, porém é extensível, por exemplo, a prisioneiros de guerra. A importância do elemento objetivo, segundo o autor, é que este seja bem definido em lei para evitar a ocorrência da quebra no princípio da legalidade, em sua máxima *nullum crimen sine lege*.

⁹² CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 62.

⁹³ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 279

⁹⁴ Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, Case No. IT-98-34 (Trial Chamber), March 31, 2003, para. 176, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf> acesso em 18/11/2018

⁹⁵ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 55.

O outro aspecto é considerado como aspecto subjetivo, ou ainda aspecto mental, sendo utilizado o termo em latim *mens rea*, que como o próprio nome indica, se refere à consciência do ato pelo indiciado. No documento complementar do Estatuto de Roma, intitulado *Elements of Crimes*⁹⁶, publicado pela editora do próprio TPI, percebe-se com exatidão os tipos de elementos para cada conduta.

O próprio Cassese inicia a explicação do elemento mental afirmando que ele também pode ser especificado na lei. Por exemplo, no artigo 8º do estatuto do TPI, em seu segundo parágrafo, item a), subitem i), determinam que é crime de guerra o “willfull killing”, ou “homicídio doloso” conforme tradução oficial. O termo ‘wilfull’, reconhecido no Brasil como dolo, ainda aparece em outras classes de crimes no estatuto, e denota intuito, vontade de cometer o crime.

O autor ainda conclui que⁹⁷, mesmo nos crimes aonde não existe de maneira explícita a referência à intenção do sujeito, é possível entender que essa intenção é requisito do crime, ou ao menos, na falta de intenção, um descuido consciente do dano possível. Este descuido, traduzido como negligência, foi debatido no caso *Prosecutor vs. Stanisic and Zupljanin*⁹⁸. Segundo o TPII, as omissões e descuidos de Zupljanin demonstram com clareza o seu intuito de atingir a população não sérvia existente na cidade de Banja Luka.⁹⁹

3.3 A responsabilidade de Comando

Existe, dentro do Direito Penal Internacional, o chamado Princípio da Responsabilidade Penal Individual. Tal princípio constitui no fato de a princípio ninguém pode ser responsabilizado por atos ou omissões nos quais não participou¹⁰⁰. Assim, a visão de que possa existir uma responsabilidade coletiva não se torna aceitável. Em tempos de discurso de ódio e marginalização de grupos sociais, o princípio da Responsabilidade Penal Individual tem sua importância destacada no Direito de forma geral.

⁹⁶ _____ . **Elements of Crimes**. The International Criminal Court. p. 13

⁹⁷ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 58.

⁹⁸ _____ . *Prosecutor Vs. Stanisic and Zupljanin*. ICTY, 2016. Disponível em: <<<https://www.legal-tools.org/doc/e414f6/pdf/>>>, para. 937. Acesso em 19/11/2017

⁹⁹ _____ . *Prosecutor Vs. Stanisic and Zupljanin*. ICTY, 2016. Disponível em: <<<https://www.legal-tools.org/doc/e414f6/pdf/>>>, para. 939. Acesso em 19/11/2017

¹⁰⁰ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 136.

Esse princípio encontra-se positivado dentro do Estatuto do TPI, na parte três do estatuto, em seu artigo 25. Em técnica semelhante à observada quanto aos crimes de guerra, o estatuto descreve de maneira detalhada as ações capazes de tornar uma pessoa efetivamente responsável perante o Tribunal. Destaca-se:

Artigo 25 -Responsabilidade Criminal Individual

(...) .2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
- b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
- c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
- d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
 - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
 - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;
- e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;
- f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.(...)¹⁰¹

Kai Ambos e Otto Triffterer discorrem que a aceitação de tal princípio já pode ser tida como de caráter universal, conforme delineada no caso Tadic¹⁰². De forma geral, percebe-se que, segundo os autores, uma pessoa pode ser levada a responder perante o TPI se cometer, se envolver, auxiliar ou tentar um crime previsto no estatuto.

Deve-se destacar aqui que o maior problema com relação à responsabilização individual dentro da seara dos crimes de guerra é encontrar o efetivo perpetrador do crime, uma vez que apenas observando os fatos envolvendo conflitos armados, pode-se cometer um erro quanto a quem responsabilizar.

¹⁰¹ _____, **Estatuto de Roma**. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>> acesso em 01/10/2017.

¹⁰² AMBOS, Kai; TRIFFTERER, Otto. **The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary**. The Hague, Third Edition, p. 983

Kai Ambos e Otto Triffterer destacam o problema, afirmando que desde o início do Direito Penal Internacional, poucos crimes de guerra foram cometidos por soldados por sua iniciativa própria. Em larga maioria, os soldados agiam sob as ordens de algum superior. Inclusive, tal situação fora moldada sempre como defesa, a tese chamada de defesa de cumprimento de ordens superiores. Um dos grandes exemplos de tentativa dessa defesa, fora do Tribunal de Nuremberg, foi Eichmann, como bem relata Hannah Arendt no capítulo em que trata das acusações.¹⁰³ No caso, Adolf Eichmann se declarava “inocente no sentido das acusações”, uma vez que tudo que fez foi respeitar a lei e a ordem da Alemanha, além de cumprir ordens superiores.

Assim, se torna fundamental este dilema da responsabilidade de comando, principalmente quando visado nas atrocidades em massa, visto que é uma forma de se buscar atingir efetivamente o responsável pelos crimes¹⁰⁴.

É verdade que, pela maior parte da história, os comandantes não poderiam ser responsabilizados, e possuíam imensa autoridade sobre seus subordinados. Destaca-se que no Código Lieber, dos Estados Unidos da América, era dado aos comandantes a liberdade aos comandantes de atirar em seus subordinados quando estes cometessem crimes¹⁰⁵.

Alejandro Kiss defende que a ideia de responsabilidade de comando pode ser traçada desde a antiguidade, com os escritos de Sun Tzu¹⁰⁶. Cryer, por sua vez, busca como exemplo o código francês instituído por Carlos VIII de Orleans, como primeira grande aparição¹⁰⁷. Segundo o autor, durante o Tribunal de Nuremberg, uma vez que não havia preceito exposto no estatuto, recorria-se à Convenção de Haia de 1907, a primeira codificação a respeito da matéria¹⁰⁸.

¹⁰³ Arendt. Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalização do mal**, São Paulo, Editora Schwarcz, 2011, p. 36

¹⁰⁴ MARTINEZ, Jenny S. **Understanding Mens Rea in Command Responsibility from Yamashita to Blaskic and Beyond**, International Criminal Justice Journal, volume 5, 2007, 638 p. 639

¹⁰⁵ AMBOS, Kai; TRIFFTERER, Otto. **The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary**. The Hague, Third Edition, p. 983

¹⁰⁶ KISS, Alejandro In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015. (p. 608-648). p.609

¹⁰⁷ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 387

¹⁰⁸ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010,

Após os precedentes estabelecidos nos Tribunais pós-Segunda Guerra, o conceito e a utilização da responsabilidade de comando foram largamente aceitos pelo Direito Penal Internacional, até serem reconhecidos finalmente como norma positivada, no artigo 28 do Estatuto de Roma.

Artigo 28

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos (...)

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. (sem grifos no original)

¹⁰⁹

Analisando os elementos objetivos do estatuto, Chantal Meloni¹¹⁰ elabora cinco requisitos para a responsabilidade de comando. O primeiro deles consiste em ter sido praticado o crime em questão dentro da jurisdição da corte. Além disso, deve existir uma relação hierárquica entre o possível responsável e quem praticou o crime; deve existir o chamado comando efetivo ou autoridade efetiva entre os autores; o suposto superior deve ter violado o que foi chamado de “dever

¹⁰⁹ _____, **Estatuto de Roma**. Disponível em: <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>> acesso em 01/10/2017

¹¹⁰ MELONI, Chantal. **Command Responsibility in International Criminal Law**, The Hague, Asser Press, 2010. p. 143

de agir”, ou seja, ter interrompido o crime ou reprimido o autor, e por fim, deve haver um nexó entre a omissáo do superior e o cometimento da ofensa.

Com relaçaó ao aspecto subjetivo, o *mens rea*, o artigo 28 do Estatuto propõe três elementos. O primeiro elemento é que o superior tenha conhecimento sobre os crimes. Caso não tenha conhecimento, também poderá ser responsabilizado o comandante que deveria ter conhecimento dos crimes, ou então aquele que conscientemente ignorou a informaçaó a respeito do crime.¹¹¹

Acerca do termo comandante, é importante perceber que o código faz uma distinçaó entre o comandante militar e o comandante civil. Alejandro Kiss defende que quando o comandante é civil, é necessário estar mais claro o *actus reus* e o *mens rea*. Segundo o autor, uma vez que a responsabilidade nos militares é hierarquizada e clara, torna mais simples atingir o padrão requerido no código¹¹²

Outro ponto importante de ser destacado dentro da responsabilidade de comando é que, embora seja ligada à hierarquia militar, civis superiores de grupos não militares também podem ser penalizados se estiverem de acordo com os elementos acima. Nessa esteira, Cassese¹¹³ afirma que o fundamental é o efetivo controle, comando ou autoridade sobre os autores diretos do crime, não importando necessariamente se o comandante em questáo é civil ou militar, desde que se encaixasse no aspecto subjetivo acima descrito. O próprio artigo 28 toma esse cuidado, dividindo o comandante militar no item a, enquanto o comandante civil é descrito no item b. Para o fim do presente estudo, o importante é ressaltar que tanto civis quanto militares podem responder como comandantes por crimes cometidos por seus subordinados.

A primeira interpretaçaó acerca deste artigo no TPI ocorreu na confirmaçaó das acusações contra o Sr. Jeanne Pierre Bemba Gombo¹¹⁴. Bemba Gombo foi acusado de crimes de guerra por ser o superior em comando efetivo de sua

¹¹¹ MELONI, Chantal. **Command Responsibility in International Criminal Law**, The Hague, Asser Press, 2010. p. 143

¹¹² KISS, Alejandro In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015. (p. 608-648) p. 613

¹¹³ CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003, p. 208.

¹¹⁴ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p.146

organização militar. A decisão proferida em 15 de junho de 2009¹¹⁵ considera a responsabilidade de comando uma espécie de responsabilidade *sui generis*, e condena Bemba Gombo pois entende que ele era tido como Comandante Chefe do movimento *Mouvement de Libération du Congo*. Ainda, afirma que Bemba deveria saber que suas tropas cometiam crimes de guerra, e para tanto, falhou em impedir ou reprimir tais atos.¹¹⁶

Outra decisão importante no assunto foi decisão acerca da apelação interlocutória de Hadzihasanovic, desta vez no TPII.

O Caso Hadzihasanovic surgiu após a acusação de que ele, comandante do Exército da Bósnia e Herzegovina, sabia – ou tinha razões para saber – que seus soldados cometeriam uma série de crimes de guerra contra vilarejos tomados no período de Janeiro de 1993 a Outubro de 1993, e nada fez para impedir tais atos ou punir os responsáveis.¹¹⁷

Hadzihasanovic alegava que a responsabilidade de comando não caberia em conflitos internos, além de que os crimes cometidos eram anteriores à sua situação como comandante. Inicialmente, a corte afirmou que a responsabilidade caberia em conflitos internos¹¹⁸. Com relação à responsabilidade de comando por crimes anteriores ao seu comando, a Câmara inocentou o acusado, reconhecendo que não haveria como julgá-lo por fatos os quais ele não poderia ter tido controle.

A utilização da responsabilidade de comando, segundo Martinez¹¹⁹, enfrenta uma grande controvérsia. A autora aponta a dificuldade encontrada no tipo para a produção de provas que mostrem que o suposto superior sabia ou deveria saber que os crimes eram cometidos. Em muitos casos, o que ocorre é uma cegueira deliberada por parte dos superiores¹²⁰. Nestes casos, a não ser que

¹¹⁵International Criminal Court. Situation in the Central African Republic: Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Trial Judgement, ICC -01/05-01/08-424

¹¹⁶ CRYER, Robert. Friman, Håkan. Robinson, Darryl. Wilmshurst, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 146

¹¹⁷ _____. The Prosecutor vs. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, ICTY, Indictment. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/ind/en/had-ii010713e.pdf> Acesso em 14/11/2017.

¹¹⁸ _____. The Prosecutor vs. Enver Hadzihasanovic, Mehmed Alagic and Amir Kubura, ICTY, Decision on Interlocutory Appeal. Para. 31

¹¹⁹ MARTINEZ, Jenny S. **Understanding Mens Rea in Command Responsibility from Yamashita to Blaskic and Beyond**, International Criminal Justice Journal, volume 5, 2007, p. 3

¹²⁰ MARTINEZ, Jenny S. **Understanding Mens Rea in Command Responsibility from Yamashita to Blaskic and Beyond**, International Criminal Justice Journal, volume 5, 2007, p. 3.

exista uma prova direta do envolvimento do superior, tudo que se consegue é meramente circunstancial, suficiente para suscitar dúvida nos juízes e buscar a absolvição.

Difícil de provar ou não, a responsabilidade de comando já se encontra enraizada dentro do Direito Penal Internacional, sendo fundamental principalmente dentro da análise de crimes de guerra.¹²¹

¹²¹ CASSESE, Antonio. **The Oxford Companion to International Criminal Justice**, New York, Oxford University Press, 2009. p. 59

4 A GUERRA CIBERNÉTICA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

4.1 Sociedade e Guerra cibernética

Facebook, Instagram, *internet banking*, programas de milhagem. Estes são alguns exemplos de portais conectados a internet que provam como a nossa realidade é muito mais ligada ao mundo cibernético do que acreditamos ser. Ao redor do mundo, milhares de pessoas utilizam a rede de computadores para compras, pesquisa, transações financeiras, comunicação e comércio em larga escala¹²².

Há quatro décadas atrás, o Pentágono criou o que se chamou de internet¹²³. A história da internet nos aponta o ano de 1969, com a chamada ARPANET, criada pelo Departamento de Defesa americano para facilitar e proteger comunicações militares durante a Guerra Fria como seu marco inicial. Em 1990, a ARPANET deixou de existir, e em 1991, a chamada *World Wide Web* surgiu¹²⁴. A partir dela, a conexão alcançou um número muito maior de pessoas, estabelecendo o que foi chamado de ciberespaço. Assim, como bem afirma Lennard Kruger, a internet se tornou uma “rede de redes” sendo operada por uma série de empresas privadas com uma mescla de setores militares e governamentais.¹²⁵

O problema surge justamente neste ponto. Nossa sociedade de informação depende tão fortemente dos sistemas conectados à internet que ela se tornou um ponto vital para muitos países¹²⁶, e com isso, um ponto de interesse para o cometimento de crimes e surgimento de litígios. Temas nunca antes imaginados como segurança cibernética e guerra cibernética fazem agora parte da agenda dos principais políticos e juristas internacionais, e não sem motivo.

¹²² AUGUST, Ray; Ferrera, Gerald R; Lichtenstein, Stephen D; Reder, Margo E. K; Schiano, William. **CyberLaw Texts and Cases**. Cincinnati, South-Western Collage Publishing, 2001, p.2.

¹²³ NYE Jr. Joseph S. **Nuclear Lessons for CyberSecurity**. Strategic Studies Quarterly, Winter 2011, p. 19

¹²⁴ AUGUST, Ray; Ferrera, Gerald R; Lichtenstein, Stephen D; Reder, Margo E. K; Schiano, William. **CyberLaw Texts and Cases**. Cincinnati, South-Western Collage Publishing, 2001, p.2

¹²⁵ KRUGER, Lennard G. **Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress**. Congressional Research Services, 2016 p. 1

¹²⁶ SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 193

Para uma referência histórica, podemos encontrar o primeiro ataque a grande escala na internet em 1988, no chamado Morris Worm. Considerado um Malware, uma espécie de *software* maligno com códigos específicos para destruir dados e sobrecarregar sistemas, o Morris Worm conseguiu travar dez por cento da internet de sua época.¹²⁷

A cada avanço tecnológico que nos torna mais conectados, existe em paralelo um crescimento em complexidade dos chamados ataques cibernéticos, tornando o ciberespaço um campo de batalha totalmente novo. Um exemplo foi trazido neste mesmo ano de 2017, quando um *malware* chamado “BadRabbit” atingiu computadores da Ucrânia afetando as comunicações do Aeroporto de Odessa¹²⁸, o mesmo *malware* foi encontrado em ciberataques contra sites russos, também neste ano. A consequência dos ataques foi o cancelamento e adiamento de muitos vôos, embora o porta-voz do aeroporto garantiu que não houve danos a ninguém¹²⁹

Só no Brasil, segundo a empresa DFNDR Lab, os ataques cibernéticos neste ano aumentaram em quarenta e quatro por cento. O mesmo estudo aponta um aumento no uso dos chamados *malwares*, o principal software utilizado para corromper dados. O estudo não aponta um futuro promissor, acreditando que os ciberataques continuarão crescendo em até setenta por cento, e voltarão seu foco aos computadores pessoais.¹³⁰

Em uma discussão em seu programa “*Talking Foreign Policy*”, Michael Scharf e Peter Singer trouxeram ao conhecimento público que os Estados Unidos, atualmente, enfrentam milhões de ataques cibernéticos a cada dia, demonstrando que essa nova área de conflito não é pouco povoada¹³¹. No mesmo sentido,

¹²⁷ SHACKELFORD, Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 194

¹²⁸ _____. Nova onda de ciberataques atinge Ucrânia e Rússia. Disponível em: <<<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/nova-onda-de-ciberataques-atinge-ucrania-e-russia,fab055c23dfbadb7ab380604747a7318kzcrbak.html>>> acesso em 25/10/2017

¹²⁹ _____. **Nova onda de ciberataques atinge Ucrânia e Rússia**. Disponível em: <<<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/nova-onda-de-ciberataques-atinge-ucrania-e-russia,fab055c23dfbadb7ab380604747a7318kzcrbak.html>>> acesso em 25/10/2017

¹³⁰ Brasil Econômico, Ciberataques têm crescimento de 44% no terceiro trimestre, diz pesquisa. Disponível em <<http://tecnologia.ig.com.br/2017-10-20/ciberataques-brasil>> acesso em 25/10/2017

¹³¹ SCHARF, Michael. **Talking Foreign Policy: A discussion on cyber warfare**. Talking Foreign Policy, 30 de Janeiro de 2014. Disponível em: <<<http://www.thefreelibrary.com/A+discussion+on+cyber+warfare.-a0425237995>>> acesso em 25/10/2017.

Julian Assange comenta que existe uma intensa militarização do ciberespaço, uma vez que o custo do sistema de “ciberguerreiros” é mais barato que a manutenção de um aparato militar físico¹³²., além de mais destrutivo, visto que um ataque multifacetado coordenado pode destruir a economia de uma nação de forma rápida e sem baixas para o agressor¹³³.

Não há, porém, na doutrina atual, uma definição do que seja um crime cibernético propriamente. A definição destes ataques cibernéticos continua ¹³⁴ inconsistente servindo como um termo amplo para qualquer tipo de ataque realizado na rede.

Em outro vértice, Christopher DeLuca afirma que crimes cibernéticos como fraudes ou invasão de sistemas para postagens ofensivas são matérias de jurisdição interna, não sendo semelhantes aos ataques cibernéticos. Os ataques cibernéticos, divididos em *Denial of Service (DoS)* ou *Distributed Denial of Service (DDoS)*, possuem uma orientação maior, buscando o acesso de informações governamentais ou militares, ou interferências infra estruturais.¹³⁵

A grande discussão dentro do assunto, no aspecto internacional, é se tais ataques podem ser comparados aos ataques militares tidos como “clássicos”, com efetivo uso de força militar. Se sim, surge ainda o problema de encaixar no ciberespaço o Direito Penal Internacional e o Direito Humanitário, na tentativa de regular esse novo método de conflito.

É verdade que, analisando os casos existentes hoje a respeito de ataques feitos pela rede, não se pode afirmar que concretamente estes tenham causado destruição ou caos semelhante aos outros métodos de guerra, como a guerra nuclear por exemplo. No entanto, na opinião de especialistas¹³⁶, o potencial

¹³² ASSANGE, Julian. **Cypherpunk: freedom and the future of the internet**. New York, OR Books LLC, 2013, p. 57.

¹³³ SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 195

¹³⁴ SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 194

¹³⁵ DELUCA, Christopher D. **The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors**. Pace International Law Review Online Companion, 2013. Disponível em: <<
<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=pilronline>>> acesso em 01/11/2017, p. 6

¹³⁶ OPHARDT. Jonathan A. – **Cyber Warfare and the Crime of Agression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow’s Battlefield**, Duke’s Law and Technology Review, nº3, 2010 p. 5

destrutivo dos ataques cibernéticos é muito superior ao até agora visto. Ophardt afirma que, quanto mais dependente um país seja da rede – como a Estônia, por exemplo – maior será o dano causado por um ataque cibernético. O autor afirma que os Estados Unidos, por exemplo, podem ter afetados até os sistemas de purificação e abastecimento de água, levando ao óbito parte dos civis.¹³⁷

4.2 Os casos da Estônia e Geórgia

Em um primeiro momento, os danos que podem emergir de um conflito cibernético podem não parecer necessariamente caóticos. Desta maneira, é fundamental esboçar aqui os ocorridos recentemente na Estônia e Geórgia, países alvos de ataques cibernéticos, em maior parte no estilo DOS, chamados “*denial of service*”. Tais ataques, fundamentalmente, são utilizados para travar os sistemas dos alvos e impedir que os sistemas sejam utilizados. Os caso da Estônia e da Geórgia são a clara demonstração de que os ataques cibernéticos já podem ser sentidos no nosso mundo.

4.2.1 Estônia

A Estônia, em 2007, havia instituído o que foi chamado de e-governo, ou seja, cerca de noventa por cento de todos os serviços bancários haviam sido transferidos para a internet. Além disso, os cidadãos podiam pagar seus impostos de forma online, pagar estacionamento e contas de celulares. O país também já se destacava por conter uma das maiores áreas cobertas por internet sem fio dentro da Europa¹³⁸. O ministro estoniano Mikhail Tammet afirmou, em entrevista a rede de notícias BBC¹³⁹ que o governo estoniano depende tão fortemente da internet, uma vez que a rede foi inclusive utilizada para eleger o parlamento na eleição passada

No entanto, em Abril de 2007, o país foi atacado. Em poucas horas, todos os portais on-line dos bancos foram desconectados. As redes de jornal e circulação de notícias, além dos sites governamentais e de comunicação interna,

¹³⁷ OPHARDT. Jonathan A. – **Cyber Warfare and the Crime of Agression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow’s Battlefield**, Duke’s Law and Technology Review, nº3, 2010 p. 7

¹³⁸ SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 197

¹³⁹ BBC News. Estonia hit by 'Moscow cyber war', 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665145.stm>> Acesso em 30/10/2017

também foram alvos de ataques e foram apagados¹⁴⁰. Em dias, o ataque cibernético trouxe os sites críticos aos estonianos à completa estagnação, o que levou a revoltas internas. O saldo do ataque foi de cento e cinquenta feridos e um nacional russo morto. Esse foi o primeiro ataque em larga escala do mundo.

Segundo a BBC¹⁴¹, o ataque foi um bombardeamento ao longo de três semanas com uma avalanche dos chamados “pedidos de informação em massa” feitos para sobrecarregar os servidores.

Foram registrados ao menos cento e vinte e oito ataques em estilo DDOS, o que congestionaram o fluxo de dados do país em mais de vinte vezes. Embora os ataques tenham partido de diferentes países, desconfiou-se da Rússia na época, uma vez que propaganda russa foi espalhada junto aos ataques.¹⁴² A desconfiança ganhou maior força quando O Ministro da Defesa da Estônia afirmou à época que alguns dos ataques possuíam traços de origem em servidores estatais russos. Ainda, a raiz do problema teria sido a remoção de uma estátua soviética da capital, o que teria enfurecido uma parte da população que ainda se considera russa.

A resposta russa às acusações foi breve, o porta voz do Kremlin Dmitry Peskov¹⁴³, em uma declaração, afirmou que não havia modo do país ter se envolvido no episódio. Quando questionado acerca dos IP's que indicavam servidores estatais russos, o porta-voz limitou-se a afirmar que tais endereços eletrônicos podem ser modificados e falsificados. Anton Nossik, um dos pioneiros russos na esfera de ciberestudos, também se manifestou contrário as acusações, afirmando que para a existência de um ciberataque sequer é necessário um governo, mas uma ação desordenada de hackers¹⁴⁴

Segundo Shackelford, os ataques somente não levaram a Estônia ao colapso total em todos os serviços básicos pois a divisão de resposta cibernética

¹⁴⁰ BBC News. Estonia hit by 'Moscow cyber war', 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665145.stm>> Acesso em 30/10/2017.

¹⁴¹ BBC News. Estonia hit by 'Moscow cyber war', 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665145.stm>> Acesso em 30/10/2017

¹⁴² SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 204

¹⁴³ BBC News. Cyber raidings hitting Estonia, 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665195.stm>> Acesso em 30/10/2017

¹⁴⁴ BBC News. **Cyber raidings hitting Estonia**, 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665195.stm>> Acesso em 30/10/2017

de emergência conseguiu reverter o rumo da batalha, recuperando o controle de boa parte dos serviços em curto prazo¹⁴⁵.

4.2.2 Geórgia

Pouco mais de um ano após o ataque à Estônia, houve um aumento na tensão existente entre a Geórgia e a Rússia, por conta das regiões separatistas de Abkhazia e do Sul da Ossétia. As tensões rapidamente escalaram para conflito armado em agosto de 2008. Junto com a guerra cinética, ou seja, física, os “ciberguerreiros” russos se tornaram operacionais.¹⁴⁶ Era a segunda vez que ciberataques em larga escala eram utilizados, e pela segunda vez, a Rússia se encontrava no centro do debate.

Desde antes do início do conflito armado, já era sensível o conflito na internet. Os ciberataques se iniciaram semanas antes dos bombardeios¹⁴⁷. Novamente, uma quantidade massiva de DDOS foi lançada em sites políticos estratégicos da Geórgia, porém com um propósito diferente do caso Estoniano. Ao invés de sobrecarregar os sistemas governamentais, os ataques russos buscaram uma espécie de Guerra Psicológica *on line*¹⁴⁸, incitando hackers em fóruns russos e espalhando propaganda do país em sites da Geórgia.

Os ataques acabaram por infectar boa parte dos servidores georgianos, e o país foi forçado a utilizar-se de servidores norte-americanos durante o conflito¹⁴⁹. Ainda assim, os russos puderam ter acesso aos e-mails dos senadores e parlamentares georgianos, utilizando-se de *malwares* e mensagens repetidas para impedir a comunicação do Estado.

¹⁴⁵ SHACKELFORD, Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009, p. 206

¹⁴⁶ GERVAIS, Michael. **Cyber Attacks and the Laws of War**. Yale Law School, 2011 Disponível em <<<https://ssrn.com/abstract=1939615>>> p.2

¹⁴⁷ MARKOFF, John. **Before the gunfire. Cyberattacks**. New York Times, New York, 2008. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/13/technology/13cyber.html> Acesso em 31/10/2017

¹⁴⁸ DANCHEV, Dancho. **Coordinated Russia vs Georgia Cyberattack in Progress**. ZDNET, 2008, disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/coordinated-russia-vs-georgia-cyber-attack-in-progress/>> Acesso em 31/10/2017

¹⁴⁹ DANCHEV, Dancho. **Coordinated Russia vs Georgia Cyberattack in Progress**. ZDNET, 2008, disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/coordinated-russia-vs-georgia-cyber-attack-in-progress/>> Acesso em 31/10/2017

Segundo John Markoff, foi a primeira vez em que coincidiram ataques cibernéticos com bombardeios e movimento de pessoal militar¹⁵⁰, tornando o caso da Geórgia o primeiro palco de guerra em todas as frentes possíveis. Embora tudo indicasse para a participação do governo russo, novamente, este rejeitou todas as acusações, e afirmou não ter se envolvido na campanha cibernética. Yevgeniy Khorishko, porta-voz da embaixada russa em Washinton na época, afirmou que o governo não poderia se responsabilizar se alguns russos individualmente enviassem os ataques, e que não representava um posicionamento do Kremlin.

4.3 A caracterização e responsabilização do Crime de Guerra cibernético

Analisando os casos dos ataques cibernéticos em face dos países de Geórgia e Estônia, buscaremos elementos que caracterizem ou não crimes de guerra, analisando se a atual codificação pode oferecer respostas suficientes para os novos conflitos que se desenham.

4.3.1 Territorialidade

Um dos grandes desafios dentro do Direito Penal Internacional é a questão da competência territorial. O TPI, em regra, pode apenas julgar casos que ocorreram em territórios de países que aceitaram a sua jurisdição, após a aceitação desta, conforme se apreende dos artigos 11 e 12(2)(a) do Estatuto de Roma.¹⁵¹ Neste aspecto, a guerra cibernética apresenta um problema, em especial no caso da Estônia. Conforme explicitado, os ataques contra os sites governamentais estonianos surgiram de diversos países, inclusive com endereços eletrônicos falsos e de difícil rastreamento.

Entretanto, existe a effects theory, que pode resolver o aparente problema. Segundo a teoria dos efeitos, ou da ubiquidade, importa apenas o local do crime e aonde seus efeitos foram sentidos, sem ser necessário levar em consideração o local inicial do ataque. Em outras palavras, não seria importante precisar de qual computador partiu o ataque de DoS, mas sim, em qual país ele foi sentido, no caso, na Estônia.

¹⁵⁰ MARKOFF, John. **Before the gunfire. Cyberattacks.** New York Times, New York, 2008. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/08/13/technology/13cyber.html> Acesso em 31/10/2017

¹⁵¹ _____ . Rome Statute of the International Criminal Court. Articles 11, 12 and 17

De acordo com essa teoria, é possível separar o crime em duas partes. A primeira relativa ao local de onde ele partiu, sendo desnecessária, e a segunda, fundamental ao Tribunal, que é aonde seus efeitos foram sentidos. Desta forma, se os efeitos de um ataque cibernético forem sentidos em um país signatário do Estatuto de Roma, já é suficiente para afirmar que o Tribunal Penal Internacional possui competência territorial no caso

O TPII, no caso Kunarac, Kovac and Vokovic se posicionou favoravelmente à essa teoria, afirmando que:

“there is no necessary correlation between the area where the actual fighting is taking place and the geographical reach of the laws of war. The laws of war apply in the whole territory of the warring states (...) and continue to apply until a general conclusion of peace.”¹⁵²

4.3.2 Os crimes cibernéticos contêm os requisitos para serem considerados crimes de guerra.

Conforme visto no segundo capítulo, os crimes de guerra estão contidos no artigo 8 do Estatuto de Roma¹⁵³, em uma extensa tipificação. Embora DeLuca¹⁵⁴ defenda a necessidade de uma maior legislação acerca do tema, com uma codificação específica, os acontecimentos até o momento na rede já se encontram amparados dentro dos incisos do artigo 8º. Ainda, o Manual de Tallin é claro em dizer que as legislações existentes são suficientes e devem ser aplicadas¹⁵⁵.

¹⁵² _____ . Kunarac, Kovac and Vokovic, (Appeals Chamber), June 12, 2002, para. 57 Tradução livre: “não há correlação necessária entre a área em que se está lutando e o alcance das leis da guerra (...) As Leis da Guerra se aplicam em todo o território dos Estados, e continuam se aplicando até uma decisão de paz.” <<Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>>

¹⁵³ _____ . **Estatuto de Roma**. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>> acesso em 01/10/2017.

¹⁵⁴ DELUCA, Christopher D. **The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors**. Pace International Law Review Online Companion, 2013. Disponível em: << <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=pilronline>>> acesso em 01/11/2017, p. 6

¹⁵⁵ SCHMITT. Michael N. **Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, New York, Cambridge University Press, 2013 p. 95

No entanto, tomando o caso da Estônia, percebe-se embora o país tenha sido alvo de ataques, não se pode concluir que eles foram patrocinados, incitados ou realizados por outro país específico, mesmo levando em consideração as acusações de envolvimento russo, não se encontrou estado de hostilidades entre os países¹⁵⁶. Assim sendo, por mais que os ataques tenham levado o Estado da Estônia a beira de um colapso digital, não se poderia aplicar as leis da Guerra nesta situação, visto que não há provas do envolvimento de outro Estado ou grupo armado em estado de guerra ou beligerância.

Situação diferente, no caso, se faz com a Geórgia, aonde existia um momento de hostilidades entre os países, o que era suficiente para existir a aplicação das leis da Guerra.¹⁵⁷ Porém, neste caso, uma vez que os ataques não tiveram a capacidade de causar dano efetivo à população não combatente, apenas dificultando o acesso a sites não fundamentais, não se pode encaixar os ataques como crimes de guerra.

¹⁵⁶ SCHMITT. Michael N. **Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 95

¹⁵⁷ SCHMITT. Michael N. **Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 97

5 CONCLUSÃO.

Embora de maneira pouco organizada, os embates na esfera cibernética já existem, e a cada dia aumentam em número e periculosidade nos seus ataques. A preocupação com essa nova arena de batalha levou a Europa a realizar a Convenção de Crimes Cibernéticos, de forma a criar um primeiro acordo internacional a respeito do tema.

Não pode existir, nem mesmo no espaço cibernético, uma terra sem lei, aonde os agentes possam dispor de todos os meios possíveis. Neste ponto, o Manual de Tallin e as leis de Direito Penal Internacional devem ser aplicadas dentro do contexto das operações *on line*.

A territorialidade, um primeiro grande problema no espaço cibernético, não deve ter influência. Como visto pelo trabalho, já é reconhecida, dentro da jurisprudência, a ideia de que o local aonde os efeitos são sentidos é o tido para a configuração da competência para julgar.

Desta forma, mesmo atos realizados dentro da esfera cibernética, uma vez que produzem seus efeitos no mundo real, podem ser julgados pelo Tribunal Penal Internacional caso tais efeitos constituam violações do Direito Penal Internacional e Humanitário.

Com relação ao crime de guerra cibernético, através das análises acima realizadas, não existe necessidade em se reformular o Estatuto de Roma ou ainda criar alguma nova legislação. O próprio Manual de Tallin serve para indicar que a Lei Internacional se aplica dentro do espaço virtual. Assim sendo, existirá crime cibernético quando estiverem preenchidos os requerimentos para um crime de guerra comum. Ou seja, caso os efeitos de um ataque cibernético se encaixem dentro dos dispositivos contidos no artigo 8º do Estatuto de Roma, e estejam preenchidos os requisitos mínimos de competência do Tribunal Penal Internacional, existirá o crime de guerra cibernético¹⁵⁸. Tal fato contrapõe-se a ideia de que o a internet ainda era um mundo sem lei, e que todos os ataques estariam impunes.

Considerando que todos os computadores do mundo possuem um IP próprio, e que as unidades militares possuem assinaturas eletrônicas e os chamados *tokens* passíves de serem rastros inclusive por programas civis, é

¹⁵⁸ _____, **Estatuto de Roma**. Disponível em: <<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>> acesso em 01/10/2017

possível uma melhor localização da origem dos ataques para a correta apreensão dos responsáveis pelos crimes de guerra.

Ainda, considerando a intensa militarização do espaço cibernético, e por conseguinte a criação de unidades cibernéticas dentro dos grandes exércitos e grupos militares, a chamada responsabilidade de comando terá papel fundamental na procura e punição por crimes cometidos, uma vez que os comandantes destas unidades, em última análise, terão a responsabilidade de evitar crimes por seus subordinados, ou, eles ocorrendo, deverão punir os responsáveis.

6 BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law**. Volume 1: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2013
- GORDON, Gregory S. **The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law**. Disponível em: << <https://tinyurl.com/y9zgdxrk>>> acesso em 13 de junho de 2013.
- AMBOS, Kai; TRIFFTERER, Otto. **The Rome Statute of the International Criminal Court a Commentary**. The Hague, Third Edition, p. 983
- ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalização do mal**, São Paulo, Editora Schwarcz, 2011, p. 275
- ASSANGE, Julian. **Cypherpunk: freedom and the future of the internet**. New York, OR Books LLC, 2013
- AUGUST, Ray; FERRERA, Gerald R; LICHTENSTEIN, Stephen D; REDER, Margo E. K; SCHIANO, William. **CyberLaw Texts and Cases**. Cincinnati, South-Western Collage Publishing, 2001.
- BASSIOUNI, M. Cherif. **From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court**. In: Harvard Human Rights Journal, 1997.
- BBC News. **Cyber raidings hitting Estonia**, 17 de Maio de 2007, disponível em: < <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665195.stm> > Acesso em 30/10/2017
- BBC News. **Estonia hit by 'Moscow cyber war'**, 17 de Maio de 2007, disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6665145.stm>> Acesso em 30/10/2017
- CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York, Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antonio. **The Oxford Companion to International Criminal Justice**, New York, Oxford University Press, 2009.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. **(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre, Editora Verbo Jurídico, 2011
- CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**, 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DANCHEV, Dancho. **Coordinated Russia vs Georgia Cyberattack in Progress**. ZDNET, 2008, disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/coordinated-russia-vs-georgia-cyber-attack-in-progress/>> Acesso em 31/10/2017
- DELUCA, Christopher D. **The Need for International Laws of War to Include Cyber Attacks Involving State and Non-State Actors**. Pace International Law Review Online Companion, 2013. Disponível em: << <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=pilronline>>> acesso em 01/11/2017.
- FERENCZ, Ben. **Enforcing International Law**. New York. Oceana Publications Incorporations, 1983.
- GERVAIS, Michael. **Cyber Attacks and the Laws of War**. Yale Law School, 2011 Disponível em <<<https://ssrn.com/abstract=1939615>>>, acesso em 12/08/2017
- ICTY. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, arts. 3. Disponível em: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. acesso em 08/07/2017.

- KISS, Alejandro In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015. (p. 608-648).
- KRUGER, Lennard G. **Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress**. Congressional Research Services, 2016 p. 1.
- MARKOFF, John. **Before the gunfire. Cyberattacks**. New York Times, New York, 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/08/13/technology/13cyber.html>>
- MARUI, Koskenniemi. **Why Punish? - Between Impunity and Show Trials**, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 6, 2002, 1-35.
- MELONI, Chantal. **Command Responsibility in International Criminal Law**, The Hague, Asser Press, 2010. p. 143
- MORRIS, Virginia. **Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on Jurisdiction**. Case No. ICTR-96-15-T. In. **The American Journal of International Law**. American Association of International Law, Vol. 92, No. 1 (Jan., 1998 pp. 66-70)
- NEWTON, Michael A. **Charging War Crimes: policy and prognosis from a military perspective**. In. STAHN Carsten. **The Law and Practice of the International Criminal Court**, Oxford University Press, 2015
- NYE Jr. Joseph S. **Nuclear Lessons for CyberSecurity**. Strategic Studies Quarterly, Winter 2011.
- OPHARDT. Jonathan A. **Cyber Warfare and the Crime of Agression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield**, Duke's Law and Technology Review, nº3, 2010
- RHEINGOLD, Howard. In: WELLMAN, Barry. **The internet in Everyday life**. Maldem, Blackwell Publishing, 2002
- SCHAACK, Beth Vaan; SLYE, Ron. **A concise history of International Criminal Law**. Santa Clara University School of Law. Disponível em: <<<http://ssrn.com/abstract=1016152>>> p.4 acesso em 12/08/2017
- SCHABAS, William A. – **The UN international Criminal Tribunals: Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**. New York, Cambridge University Press, 2006 p. 5
- SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Fourth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- SCHARF, Michael. **Talking Foreign Policy: A discussion on cyber warfare**. Talking Foreign Policy, 30 de Janeiro de 2014. Disponível em: <<<http://www.thefreelibrary.com/A+discussion+on+cyber+warfare.-a0425237995>>> acesso em 25/10/2017
- SCHMITT. Michael N. Tallin **Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare**, New York, Cambridge University Press, 2013.
- SHACKELFORD. Scott J. **From Nuclear War to Net War: Analogizing Cyber Attacks in International Law**, Berkeley Journal of International Law, volume 27, issue 1, article 7, 2009.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <https://goo.gl/M5Sug8>.
- _____. **Nova onda de ciberataques atinge Ucrânia e Rússia**. Disponível em: <<<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/nova-onda-de-ciberataques-atinge-ucrania-e-russia.fab055c23dfbadb7ab380604747a7318kzcrgbak.html>>> acesso em 25/10/2017
- _____. **Kunarac, Kovac and Vokovic**, (Appeals Chamber), June 12, 2002, para. 57 Disponível em <<<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>>>

_____. ICTY. **Prosecutor v. Naletilic and Martinovic**, Case No. IT-98-34 (Trial Chamber), March 31, 2003, para. 176, disponível em <http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/en/nal-tj030331-e.pdf> acesso em 18/11/2018.

_____. ICTY. **Prosecutor vs. Tadic**. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal for Jurisdiction. 1995 Disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>> para. 94

_____. **The Prosecutor vs. Enver Hadzihasanovic**, Mehmed Alagic and Amir Kubura, ICTY, Indictment. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/hadzihasanovic_kubura/ind/en/had-ii010713e.pdf> Acesso em 14/11/2017

_____. **Lista de Procuradores do Tribunal Internacional para a Antiga Iugoslávia**. Disponível em: << <http://www.icty.org/en/about/office-of-the-prosecutor/former-prosecutors>>> acesso em 19.11.2017

_____. **Resolução 808 do Conselho de Segurança das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf>, acesso, 02/08/2017

_____. **Prosecutor Vs. Stanisic and Zupljanin**. ICTY, 2016. Disponível em: <<<https://www.legal-tools.org/doc/e414f6/pdf/>>>, para. 937. Acesso em 19/11/2017