

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Giselle Ashitani Inouye

**Direito Digital Global: o Tribunal Penal Internacional como mecanismo de
apuração da responsabilidade individual nos crimes cibernéticos**

DOUTORADO EM DIREITO

São Paulo
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Giselle Ashitani Inouye

**Direito Digital Global: o Tribunal Penal Internacional como mecanismo de
apuração da responsabilidade individual nos crimes cibernéticos**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Livre-Docente Willis Santiago Guerra Filho.

São Paulo
2016

Banca Examinadora

À minha mãe Nilza, *in memoriam*.
Saudade eterna.

Ao meu pequeno Enzo.
Luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à **Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)** por viabilizar financeiramente este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sobretudo, ao meu amado César Vinícius Cobein, pela vida compartilhada com tanto amor, cumplicidade e paciência; ao meu filho Enzo, minha vida, minha força, minha inspiração; aos meus pais Mauro Shigueyuki Inouye e Nilza Tiekko Ashitani Inouye, *in memoriam*, meu exemplo de vida, amor e dedicação, vocês estão sempre no meu pensamento; ao meu irmão Daniel Ashitani Inouye, pelo ombro amigo nos momentos de fragilidade; a todos os meus familiares, em especial às minhas estimadas primas, irmãs de coração, Eliana Ashitani, Lucélia Cavalcante Ashitani Cruz e Simone Yeh, por saber que, onde quer que estejam, sempre poderei contar com vocês e aos meus tios Maria Mitsuko Tota e Houiti Tota, que sempre cuidaram de mim como se filha fosse; aos meus sogros Suelly e Moacyr Cobein por me acolherem em seus lares com tanto carinho; aos pequenos Ana Flávia Azuma, Felipe Facco, Guilherme de Holanda Inouye, Gustavo Ashitani, Helena Martignago, Henrique Keiji Ashitani, João Vitor Azuma, Leonardo Cruz, Lívia Yumi Ashitani, Roberta Facco e Stella Yeh, cujos olhares inocentes representam a esperança de um futuro melhor para a humanidade; ao meu querido orientador, alma iluminada, Willis Santiago Guerra Filho, pela sapiência, apoio e compreensão, minha eterna gratidão; aos meus grandes amigos João Carlos Azuma, Gisella Martignago e Camila Castanhato pelo carinho, incentivo e, principalmente, por me fazerem acreditar quando eu já pensava ser impossível; ao querido amigo Ruy de Oliveira Domingos, fiel escudeiro, por me orientar e socorrer com toda a paciência do mundo durante todos esses anos de PUC, e ao caro Rafael de Araújo Santos, por me resgatar num momento tão crucial, minha eterna gratidão; aos queridos Salete de Oliveira Domingos, Rodrigo Cavalcante, Juliana Duarte, Neusa Meira de Paula, Deise Faria, Lilian Harumi Chiba, Fernanda Durazzo, Andrea Marques Aires, Rafael Marques Aires, Andreza Diaféria Kuhlmann, Fernando Vieira de Souza Kuhlmann pelos bons momentos compartilhados. Por fim, mas não menos importante, agradeço a Deus por iluminar meu caminho.

*Age de modo que considere a humanidade
tanto na tua pessoa quanto na de qualquer outro,
e sempre com objetivo, nunca como simples meio.*

Immanuel Kant

RESUMO

O advento da internet causou, sem dúvidas, uma revolução na comunicação, nas relações sociais, políticas e econômicas. A cada dia é maior o número de usuários da rede e, com isso, do volume dos dados que nela trafegam. É nesse cenário que emergem uma série de novas questões a serem superadas pela humanidade. As características inerentes ao meio virtual propiciam o surgimento de criminosos dispostos a cometer os mais diversos tipos de delito no ambiente virtual dentre eles, destacam-se aqueles que resultam em graves violações aos direitos humanos. O presente estudo tem por objetivo investigar a tutela dos direitos humanos no âmbito internacional, mais precisamente a questão da responsabilização individual daquele que comete o delito no ambiente virtual, os chamados cibercrimes. Para tanto, iniciaremos nosso estudo com algumas considerações acerca das origens históricas da internet. Ato contínuo, analisaremos a evolução dos direitos humanos no plano internacional para, em seguida, nos concentrarmos na solução de conflitos pelo Tribunal Penal Internacional e verificarmos a possibilidade de atuação da Corte na apuração e julgamento dos crimes cibernéticos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito internacional. Tribunal Penal Internacional. Responsabilidade criminal individual internacional.

ABSTRACT

The advent of the internet has caused, no doubt, a revolution in communication, social, political and economic relations. Every day is greater the number of network users and, thus, the volume of data that travels over it. It is in this scenario that emerge a number of new issues to be overcome by humanity. The inherent characteristics of the virtual environment help the emergence of criminals willing to commit various types of crime in the virtual environment. Among them stand out those that result in serious violations of human rights. The present study aims to investigate the protection of human rights at the international level, specifically the issue of the individual responsabilization of those who commit the crime in the virtual environment, so-called cybercrime. To do so, we will begin our study with some considerations about the historical origins of the internet. Subsequently, we will analyze the evolution of human rights protection at the international level and then we will focus on conflicts resolution by the International Criminal Court, verifying the possibility of the ICC competence to investigate, prosecute and judge cybercrimes.

Keywords: Human rights. International law. International criminal court. International individual criminal responsibility.

LISTA DE ABREVIações

ARPANET	Advanced Research Projects Agency Network
CGI	Comitê Gestor da Internet
CEPTRO.BR	Centro de Estudos e Pesquisas em Tecnologias de Redes e Operações
CERT.BR	Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil
CETIC.BR	Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação
CEWEB.BR	Centro de Estudos sobre Tecnologias Web
DCA	Defense Communications Agency
DNS	Domain Name System
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
ENIAC	Electronic Numerical Integrator And Computer
EUA	Estados Unidos da América
IANA	Internet Assigned Authority
IAB	Internet Architecture Board
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICRC	International Committee of the Red Cross
IETF	Internet Engineering Task Force
IGF	Internet Governance Forum
ISOC	Internet Society
IPTO	Information Processing Techniques Office
ISI	Information Sciences Institute
MIT	Massachusetts Institute of Technology
NIC.BR	Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR
NSA	National Security Agency
NSF	National Science Foundation
ONU	Organização das Nações Unidas
PRNET	San Francisco Bay Packet Radio Net
SATNET	Atlantic Packet Satellite Network

SRI	Stanford Research Institute
TCP/IP	Transmission Control Protocol/Internet Protocol
TPI	Tribunal Penal Internacional
WGIG	Working Group on Internet Governance
WWW	World Wide Web
WSIS	World Summit on the Information Society

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 INTERNET: ALGUNS ESCLARECIMENTOS	16
1.1 Noções históricas da internet	16
1.2 Governança da internet	23
2 DIREITOS HUMANOS	30
2.1 Declarações de Direitos: noções históricas	32
2.1.1 Inglaterra	32
2.1.2 Estados Unidos da América	35
2.1.3 França	39
2.1.4 México, Rússia e Alemanha	44
2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos	51
2.3 Direitos Humanos: a questão do fundamento	55
3 INTERNET E DIREITOS HUMANOS	58
3.1 Acesso à Internet como um direito humano	58
3.2 Conselho da Europa: Convenção sobre Cibercrimes - Budapeste, 23.11.2001	62
3.3 A responsabilização individual do agente: origens e tribunais Internacionais	69
3.4 O Tribunal Penal Internacional	77
3.4.1 Características gerais	77
3.4.2 Competência do Tribunal Penal Internacional	79
3.4.2.1 Genocídio	79
3.4.2.2 Crime contra a humanidade	82
3.4.2.3 Crime de guerra	85
3.4.2.4 Crime de agressão	93
3.5 Tribunal Penal Internacional como mecanismo de apuração da responsabilidade individual nos crimes cibernéticos	95
3.5.1 Casos Julian Assange e Edward Snowden	96
3.5.2 Tribunal Penal Internacional: cibercrime como crime contra a humanidade	99

CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, inúmeras foram as transformações no que se refere à área da comunicação. Algumas ferramentas como a fala, a escrita, o rádio, o telégrafo, o telefone, a televisão, o computador e a internet revolucionaram a habilidade do homem no que concerne a comunicação, a transmissão do conhecimento, a difusão de idéias, fazendo-as superar as barreiras do tempo e do espaço.

A mais recente das revoluções na comunicação surge com o advento da internet. Este instrumento transformou o mundo nos mais diversos aspectos e setores. Sua evolução e disseminação ocorrem num ritmo frenético sendo inegável a sua importância e influência para o desenvolvimento social, político e econômico das atuais sociedades.

De acordo com o último relatório da Comissão de Banda Larga da ONU, lançado em setembro de 2014, até o final de 2014, por volta de 2,9 bilhões de pessoas, ou 40% da população mundial, estaria *online* (conectada à rede). O mesmo relatório estimou que até o final de 2017, metade da população mundial estaria conectada¹.

Vivemos, assim, numa sociedade em rede, na qual as conexões são cada vez mais intensas e extensas; onde o conceito de fronteira se desvanece diante da imensidão do ciberespaço.

Aliás, o ciberespaço torna-se palco das mais diversas atividades humanas, tanto em prol como em prejuízo de sua própria existência.

O ambiente virtual tornou possível ao homem atravessar o mundo em apenas um clique na tela do computador; pessoas conseguem se comunicar como se

¹UNITED NATIONS. Broadband Commission. **The state of broadband 2014: Broadband for all.** Disponível em <http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2014.pdf>, p.12 Acesso em 10.11.2015

estiverem lado a lado por meio das video-chamadas ou vídeo-conferências, o que antes parecia-nos ser um distante sonho de ficção científica; tanto a difusão como a aquisição do conhecimento tornaram-se acessíveis aos mais diversos públicos. A internet, assim, possibilita maior interatividade e ao, mesmo tempo, a massificação da comunicação.

A partir do momento em que bilhões de usuários encontram-se conectados, a internet se transforma em uma importante ferramenta de realização dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, uma poderosa arma para a violação destes.

Inúmeros casos reforçam o quão perigosa pode ser a internet. Desde a divulgação de vídeos íntimos utilizados para causar humilhação e constrangimento da vítima em nível mundial, como para tornar públicas as atrocidades perpetradas pelo terror disseminando, assim, o ódio, o medo e o horror.

Essas e outras tantas questões que surgiram com essa nova realidade tornam indispensável e urgente a discussão do tema e seus desdobramentos no âmbito jurídico, visto que os modelos clássicos parecem não oferecer as respostas necessárias e adequadas às atuais demandas.

Por não conhecer fronteiras, não se pode negar a abrangência global da internet. Qualquer perturbação no ciberespaço, em questão de segundos, poderá afetar a todos os usuários da rede.

Hodiernamente, uma das grandes preocupações dos Estados e das organizações internacionais ao redor do mundo concentram-se em relação à violação dos direitos humanos no ciberespaço, tais como a privacidade e a segurança.

A história nos mostrou que os grandes violadores dos direitos humanos são os Estados e, infelizmente, podemos dizer que essa realidade persiste até os dias de hoje, seja em razão ao uso da força e da violência para a perpetuação no poder, seja em razão o uso de complexos sistemas inteligência que injustificadamente restringem o acesso à internet ou que indiscriminadamente realizam uma vigilância

em massa dos dados de milhões de usuários em nome da guerra ao terror, da manutenção da paz e da segurança.

Além disso, a estrutura aberta do ciberespaço permite que qualquer indivíduo consiga, com algum conhecimento necessário, invadir a rede para a prática de condutas criminosas extremamente perigosas.

Diante desse cenário, que segue em constante evolução e transformação, encontramos no Direito o meio para a pacificação dos conflitos e solução das controvérsias decorrentes dessa nova realidade. Mas estaria ele preparado para atender essas demandas?

É essa questão que a presente tese pretende enfrentar: a forma como o direito cuida da questão da violação dos direitos humanos no ambiente cibernético e, nesse ponto, realizamos um corte metodológico para restringir o tema à questão da responsabilidade individual do agente que comete o cibercrime no âmbito do sistema global de tutela dos direitos humanos da Organização das Nações Unidas.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa descritiva que visa analisar seu objeto utilizando, para tanto, a pesquisa bibliográfica e documental como fontes para suas respostas. Uma vez que grande parte das fontes bibliográficas e documentais encontravam-se em língua inglesa, optou-se pela tradução livre da autora com a menção na língua nativa, salvo quando se tratava de texto em espanhol, quando se manteve a língua nativa.

A presente tese encontra-se estruturada em três capítulos. O primeiro deles é dedicado a alguns breves esclarecimentos acerca da origem histórica da internet, que nos remete à criação do computador e à Segunda Guerra Mundial. Cuidará também de alguns aspectos da governança da internet.

No segundo capítulo discorre-se sobre os direitos humanos em uma apartada síntese histórica das Declarações de Direitos na Inglaterra, Estados Unidos da América, França, México, Rússia e Alemanha; da Declaração Universal dos Direitos

Humanos da ONU encerrando-se o capítulo com a questão do fundamento daqueles direitos.

Os temas dos dois capítulos anteriores convergem-se no terceiro capítulo no qual se trata da consagração do acesso à internet como direito humano bem como do seu tratamento perante a Convenção sobre Cibercrimes do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste). Em seguida, cuida-se das responsabilização individual do agente nas instâncias internacionais e da forma como ela é tratada perante os tribunais internacionais.

Ato contínuo, discorre-se sobre as características gerais do Tribunal Penal Internacional e suas competências para, por fim, analisar-se a possibilidade de se submeter os cibercrimes ao seu crivo. A inovação e originalidade desta tese reside na instauração de um novo mecanismo para a apuração dos cibercrimes no âmbito do Direito Internacional qual seja: inclusão do cibercrime como competência do Tribunal Penal Internacional para que este investigue, processe e julgue a responsabilidade individual daquele que comete graves violações aos direitos humanos no ciberespaço.

1 INTERNET: ALGUNS ESCLARECIMENTOS

O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza de seus sonhos.

Eleanor Roosevelt

1.1 Noções históricas da internet

Se hoje discutimos o atual estágio de desenvolvimento da internet e suas implicações, isso apenas é possível graças à invenção do computador, dispositivo que tornou a ideia da internet uma realidade.

Hoje em dia o computador possui dimensões cada vez menores, no entanto, quando da sua criação a realidade era outra. John Eckert e John Mauchly lançaram o primeiro computador digital em 1946. Sua construção teve início em 1943, durante a II Guerra Mundial, e tinha como objetivo acelerar os cálculos necessários para o combate. Sua produção durou de 1943 a 1945 sendo apresentado apenas em 1946, um ano após o término da guerra. Conhecido como ENIAC, ele era imenso, pesava 27 toneladas, ocupava um galpão e consumia 150 quilowatts de energia.

ENIAC ficou pronto tarde demais para auxiliar no combate na Segunda Grande Guerra, mas foi utilizado nos primeiros anos da Guerra Fria. A sua capacidade de operação era bastante reduzida sendo que hoje até mesmo uma simples calculadora é bem mais poderosa do que ENIAC. Ele conseguia armazenar apenas 20 números por vez e sua programação demandava uma mão de obra especializada, altamente capacitada para poder operá-lo. A programação levava

dias para ser realizada visto que era necessária a manipulação de um emaranhado de cabos. Esclarece Lúcia Santaella² que

Os primeiros computadores, nos anos 1940, pesavam toneladas, ocupavam andares inteiros de grandes prédios e exigiam, para serem programados, a conexão de seus circuitos, por meio de cabos, em um painel inspirado nos padrões telefônicos. Eram verdadeiros brutamontes, dinossauros mantidos em isolamento do mundo dos leigos.

Verifica-se, portanto, que a invenção do computador, inicialmente designado para a elaboração de cálculos matemáticos, hoje alcançou avanços inimagináveis na época de sua invenção.

Esse primeiro instrumento, criado para realizar cálculos, nos anos seguintes passou a ser utilizado como fonte para a criação de máquinas com as mais diversas finalidades.

O computador é, assim, o ponto de partida até chegarmos ao atual estágio de desenvolvimento no qual observa-se a criação de uma nova realidade, a realidade do mundo virtual, o ciberespaço que abriga os mais diversos setores e interesses da vida humana. E tudo isso é possível graças à criação da internet e sua rápida evolução e disseminação por todo o mundo.

Pois bem. A internet possui como origem a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA). No ano de 1957, em meio à Guerra Fria, a ex-União Soviética lançou o primeiro satélite artificial ao espaço, *Sputinik*. Em resposta ao lançamento do satélite, o governo americano, por meio de seu Departamento de Defesa criou a ARPA que, em 18 meses, desenvolveu seu primeiro satélite.

A ARPA passou a empregar esforços para a melhoria da comunicação entre computadores, o foco passou a ser então a rede de computadores e a tecnologia de comunicação. Dentro de sua estrutura, a ARPA possuía um departamento com um programa menor a então denominada Escritório de Técnicas de Processamento de

² SANTAELLA, L. **Cultura das mídias**. São Paulo: Experimento, 1996, p. 203.

Informações IPTO, fundado em 1962. O objetivo desse departamento era estimular a pesquisa no campo da informática interativa. Surgia então a ARPANET comandada por Joseph Carl Robnett Licklider, um psicólogo que se tornou um dos grandes nomes da ciência da computação do renomado Massachusetts Institute of Technology (MIT). A ARPANET é considerada como ponto de partida para o atual modelo de internet.

A ideia que justificou a criação da ARPANET foi a de construir uma rede de compartilhamento de informações entre diversos centros de informática e grupos de investigação da ARPA. Essa comunicação foi possível mediante a utilização de uma inovadora tecnologia de transmissão idealizada e desenvolvida por Paul Baran, da *Rand Corporation*, e Donald Davies, do *National Physical Laboratory*, da Gran Bretanha.

Explica Roger Pascoal:

o engenheiro apresentou a ideia de eliminação dos centros de controle e distribuição de sinais nas redes de telecomunicação - o objetivo era que o controle do sistema fosse distribuído, pois isso permitiria que continuasse em funcionamento ainda que parcialmente destruído por um ataque inimigo. As informações seriam transformadas em pequenos pacotes de dados, que poderiam seguir diferentes caminhos até serem reconstruídas por computadores no destino. A rede criada a partir da proposta de Baran começou a funcionar no final dos anos 1960, e no início dos anos 1970 interligava computadores em algumas das principais universidades norte-americanas.³

Com o emprego da tecnologia para a criação da ARPANET, em 1969 existiam 4 nós (um nó corresponde a um dispositivo eletrônico capaz de enviar, receber ou transmitir informações por meio de uma rede de comunicação) na rede que estavam situados nas principais universidades norte americanas, quais sejam: Universidade da Califórnia em Los Angeles, o Instituto de Pesquisa de Stanford (*Stanford*

³ PASCOAL, Roger. **Redes Hipertextuais - Um panorama sobre os aspectos cognitivos da organização da informação na internet**. 2015. 189f Tese (Doutorado em Tecnologias da inteligência e design digital) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.42 e 43.

Research Institute), a Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e a Universidade de Utah. Já em 1971 a ARPANET contava com uma rede de 15 nós, sendo a maioria situada em centros de investigação universitários. A primeira demonstração exitosa da ARPANET se deu em 1972, durante um Congresso Internacional em Washington DC⁴.

Uma vez concretizada a ARPANET, o objetivo seguinte seria a comunicação desta com outras redes de computadores, dentro da própria ARPA (a PRNET e a SATNET). Isso trouxe um novo conceito: a rede das redes. Para possibilitar a comunicação entre computadores Robert Kahn, da ARPA, e Vint Cerf, da Universidade de Stanford, criaram um esboço da arquitetura da internet⁵. Sobre o tema, explana Manuel Castells:

Para conseguir que as redes de computadores pudessem se comunicar entre elas, eram necessários alguns protocolos de comunicação padronizados. No ano de 1973, durante um seminário de Stanford, um grupo dirigido por Cerf, Gerard Lelann (do grupo de investigação francês Cyclades) e Robert Metcalfe (da Xerox PARC), conseguiu alcançar parcialmente este objetivo graças ao desenho do Protocolo de Controle de Transmissão – TCP (*Transmission Control Protocol*). Em 1978, Cerf, junto com Postel e Cohen, que trabalhavam na Universidade da Carolina do Sul, dividiram o TCP em duas partes, adicionando o protocolo inter-redes (IP) e criando assim o protocolo TCP/IP padrão sob o qual ainda opera a Internet. ⁶Ainda sobre os protocolos TCP/IP, Roger Pascoal esclarece:

a família de protocolos TCP/IP é o fundamento tecnológico da organização característica da Internet: uma rede dinâmica e distribuída. A rede não apresenta um controle central, mas essa ausência não significa que não exista nenhuma forma de controle: para mantê-la em funcionamento e em evolução, a descentralização exige uma organização política capaz de manter sua unidade.⁷

⁴ CASTELLS, Manuel. **La galaxia internet**. 1ª edição, traduzida por Raúl Quintana, tradução revisada pelo autor. Barcelona: Plaza & Janés Editores, S.A., 2001, p.24

⁵ Ibid., p. 25

⁶ Ibid., p. 25

⁷PASCOAL, 2015, p. 43.

Inicialmente a internet era utilizada para fins militares e, posteriormente, o Pentágono encarregou sua gestão à Fundação Nacional para a Ciência NSF. Entretanto, a partir do momento que a tecnologia para criação de novas redes se tornou de domínio público, a NSF iniciou o processo de privatização da internet. O protocolo TCP/IP foi incluído em todos os computadores norte-americanos nos anos 1980, graças ao financiamento do governo dos EUA.

Nos anos 1990, a existência de diversos provedores de serviço de internet possibilitou a criação de diversas redes e diversos *gateways*⁸ para fins comerciais. Cumpre ressaltar que o verdadeiro avanço da internet rumo ao seu atual estágio ocorreu com a criação do *world wide web*, mais conhecido como *www* ou *web*. O *www* impulsionou sobremaneira o desenvolvimento da internet na medida em que a tornou mais acessível e atraente aos usuários comuns. Seu idealizador é Tim Berners-Lee. Ele "criou um *software* que permitia inserir, excluir de e em qualquer computador conectado à internet (HTTP, HTML e URI, hoje URL)"⁹. Em 1990, Berners-Lee e Robert Cailliau criaram um "programa navegador/editor (*browser/editor*) em dezembro de 1990"¹⁰ denominado *www*. Trata-se de um sistema de *hipertexto*, ou seja, um texto que reúne em seu corpo conjuntos de informações que poderão ser acessadas mediante demanda. O termo *hipertexto* foi inspirado no trabalho desenvolvido por Barthes que como parte de um método para interpretação utiliza o termo *lexias* para identificar unidades de leitura que compõem um texto. Segundo Barthes:

a *lexia* às vezes inclui algumas palavras, às vezes algumas sentenças; isso será uma questão de conveniência: será suficiente que a *lexia* seja o melhor espaço possível no qual se possa observar significados; sua dimensão, empiricamente determinada, estimada, irá depender na densidade das

⁸ De acordo como dicionário *online* Michaelis, Gateway: (guêit-uêi) sf (ingl) Inform. 1. Dispositivo que liga duas redes distintas. 2. Dispositivo de tradução de protocolo de software permitindo que usuários de uma rede acessem outra. 3. No correio eletrônico, programa que permite que mensagens sejam enviadas por uma rota diferente ou, para uma outra rede G para fax: computador ou programa que permite aos usuários enviarem informações como transmissão de fax e não como arquivo armazenado em disco. Disponível em : <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=gateway>. Acesso em: 3 Nov. 2015.

⁹ CASTELLS, , 2001, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, p. 29.

conotações variáveis de acordo com os momentos do texto: tudo que se exige é que cada lexia tenha no máximo três ou quatro significados para serem enumerados.¹¹

Em 1990, para Jay David Bolter e George Landow, o hipertexto foi definido como "blocos de informação a serem associados no processo de escrita/leitura em um sistema tecnológico hipertextual."¹² Hoje as páginas da internet contam com uma série de informações disponibilizadas por meio de recursos que as tornam cada vez mais dinâmicas, atraentes e permanentemente atualizadas para os leitores.

Como explica George Landow, algumas obras são originalmente criadas para o hipertexto. "*Éstas conectan electrónicamente bloques de texto, o mejor dicho lexias, unos con otros yo con diversos complementos gráficos com o ilustraciones, mapas, organogramas, esquemas y visiones generales, algunos de los cuales no existen en el medio impreso.*"¹³ É o que ocorre, por exemplo, nos sites de busca como o Google. Ao inserirmos o termo a ser pesquisado, o resultado poderá ser tanto um texto como um áudio, um vídeo ou uma figura. Caberá ao usuário selecionar aquilo que lhe interessa dentro do universo a ele apresentado.

Pois bem. O primeiro navegador comercial foi o Netscape Navigator. Ele foi lançado em outubro de 1994 e divulgado na rede em 1995, sendo grátis para fins educacionais e a um custo de 39 dólares para empresas. Percebendo o sucesso do Netscape, a Microsoft incluiu seu próprio navegador ao software Windows 95 e lançou o *Internet Explorer* largamente utilizado até os dias atuais. É, portanto, a partir de meados dos anos 90 que a internet passa a ser uma realidade para o público em geral. Como aclara Manuel Castells a "arquitetura técnica aberta permitia a conexão em rede de todas as redes informáticas de qualquer ponto do planeta, a *world wide web* podia funcionar com o software adequado e havia vários navegadores de fácil uso à disposição dos usuários."

¹¹ BARTHES, Roland. S/Z. Traduzida por Richard Miller. United Kingdom: Blackwell Publishing, 2002, p. 13,

¹² PASCOAL, 2015, p.136.

¹³ LANDOW, George P.. **Hipertexto - La Convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología**. 1ª edição, traduzida por Patrick Ducher. Barcelona: Paidós, 1995, p. 58.

Do lançamento do primeiro navegador para internet até os dias de hoje, o que se verifica é uma evolução acelerada e constante das tecnologias digitais. É a arquitetura aberta da internet que possibilita esse incessante desenvolvimento da tecnologia na medida em que permite que programadores do mundo inteiro façam suas contribuições. Até 2007 o acesso à web se dava majoritariamente por meio dos computadores de mesa ou portáteis, todavia, em 2007, a Apple lançou o Iphone, primeiro aparelho celular que integrava telefone e computador no mesmo dispositivo, o *smatphone*.

O *smartphone* da Apple revolucionou o cenário então dominado pelos computadores. Novas aplicações para a web começaram a surgir de forma ainda mais intensa. O usuário passa a utilizar os serviços digitais nas suas mais cotidianas tarefas. Aplicativos são lançados a cada momento para os mais diversos fins, seja lazer, trabalho ou educação. A web deixa de ser um meio para compartilhamento de arquivos e informações para se tornar um local de socialização dos usuários e, para tanto, inúmeros aplicativos são lançados a cada instante, tal como *Facebook*, *Instagram*, *Tweeter*, as denominadas redes sociais.

O acesso fácil e permanente do indivíduo à internet mostra o quanto à tecnologia avançou e se disseminou. De acordo com o último relatório da Comissão de Banda Larga da ONU (2014), lançado em setembro de 2014, até o final de 2014, por volta de 2,9 bilhões de pessoas, ou 40% da população mundial, estaria *online* (conectada à rede). O mesmo relatório estima que até o final de 2017, metade da população mundial estará conectada¹⁴. O ciberespaço ganhará cada vez mais importância, ocupando cada vez mais as nossas vidas com sua multiplicidade de opções.

¹⁴UNITED NATIONS. The broadband commission for digital development. **The state of broadband 2014: broadband for all.**Genebra: [s. n.], 2014. p.12 Disponível em: <<http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2014.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

1.2 Governança da internet

A arquitetura aberta da internet pode por vezes levar o usuário a crer que nela não existe controle algum. Entretanto, a internet não é um espaço irrestrito, sem regras ou controle. Muito pelo contrário, é o controle que marca a possibilidade de sua existência, de conexão entre as mais diversas redes espalhadas ao redor do mundo.

Na internet o controle é exercido de forma descentralizada e é denominado Governança. Governança e governo não se confundem. James Rosenau lembra que ambos implicam num comportamento que visa a consecução de metas, objetivos, no entanto, eles não se confundem. Segundo o autor, no "*governo* sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas"¹⁵. Por outro lado, a *governança*:

é um fenômeno mais amplo do que *governo*; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas.¹⁶

Dessa forma, o governo não é essencial à governança. Mais do que autoridades e instituições formalmente constituídas, a governança depende do acordo com a vontade da maioria, ou daqueles que detém maior poder nesse universo. Ao contrário do governo, que pode ser exercido à revelia da maioria.

Em 2003, em cumprimento ao mandato que lhe foi atribuído após a *World Summit on the Information Society* (WSIS), o Secretário Geral da ONU criou o

¹⁵ ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (orgs.). **Governança sem governo: Ordem e transformação na Política Mundial**. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Unb, 2000, p. 15 e 16.

¹⁶ Ibid., p. 15 e 16.

Working Group on Internet Governance (**WGIG**) que desenvolveu o seguinte conceito para governança da Internet:

Governança da Internet é o desenvolvimento e aplicação por governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios comuns, normas, regras, processos decisórios e programas que moldam a evolução e o uso da Internet.

Em 2005, esse conceito foi incluído na Agenda de Túnis para a Sociedade da Informação em seu parágrafo 34¹⁷, na segunda fase da WSIS, realizada em Túnis, de 16 a 18 de novembro de 2005.

Pois bem. Até 1983, a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada de Defesa (ARPA) era responsável pela ARPANET. Por encontrar-se vinculada à Defesa dos EUA, submetia-se aos seus trâmites burocrático-militares, à hierarquia à cadeia de comando¹⁸. Nessa época, surgiram as primeiras redes que funcionavam a partir dos protocolos TCP/IP, sendo o IP o protocolo de conexão e, o TCP o protocolo de transmissão de dados. A partir dos protocolos TCP/IP foi possível estabelecer comunicação entre distintas redes de dados. Como esclarece Roger Pascoal, "a família de protocolos TCP/IP é o fundamento tecnológico da organização característica da internet: uma rede dinâmica e distribuída."¹⁹ Para Everton Lucero, "uma das principais características da tecnologia de "comutação de pacotes", base para o desenvolvimento dos protocolos TCP/IP, é a ausência de controle central sobre o percurso dos pacotes de informação transportados até serem entregues ao ponto de destino".²⁰

Todavia, o crescimento da rede fez com que os estudiosos percebessem que seria inviável exigir que cada ponto de conexão tivesse a relação de todos os outros

UNITED NATIONS. *World Summit on the Information Society (WSIS)*. **Agenda de Túnis para a Sociedade da Informação**. Disponível em <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf>. Acesso em 18.nov.2015.

¹⁸ PASCOAL, 2015, p.85..

¹⁹ Ibid., p.43.

²⁰ LUCERO, Everton. **Governança da Internet: Aspectos da Formação de um Regime Global e Oportunidades para a Ação Diplomática**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 86.

pontos. Essa constatação fez com que fosse desenvolvido um outro protocolo, o *Domain Name System* (DNS).

Até a criação dos DNS, protocolo responsável pela atribuição de nomes aos endereços eletrônicos, "cada ponto de conexão à rede armazenava uma cópia de arquivo com tabela de correspondência entre nomes e endereços de todos os demais pontos de conexão." O arquivo que servia de referência para que os demais se atualizassem era operado pelo Instituto de Pesquisas de Stanford (SRI), contratado pela DCA - *Defense Communications Agency*, que estava ligada à ARPANET para operar o Centro de Informação de Redes da Rede de Dados de Defesa (*Network Information Center - Defense Data Network - DDN-NIC*)²¹.

Com o DNS, houve a repartição hierárquica dos endereços eletrônicos bem como da competência para manutenção das tabelas de referência. Isso gerou a necessidade de um controle concentrado dessas atividades na medida em que, como explica Lucero, havia necessidade de a) se decidir quais nomes de domínios seriam considerados válidos, bem como de quem seria o responsável pela operação de cada um deles e b) atribuir os endereços de IP aos nomes do domínio e manter uma tabela com o IP e domínio respectivos sempre atualizada. A ARPA atribuiu a competência da primeira função (decidir quais nomes de domínios seria considerados válidos, bem como de quem seria o responsável pela operação de cada um deles) a Postel²² por meio do Instituto de Ciências da Informação ISI, da Universidade do Sul da Califórnia. Postel foi responsável pelo DNS desde a sua criação, em 1984, até a sua morte, em 1998. Ao conjunto das atividades supramencionadas Postel atribuiu o nome de *Internet Assigned Authority* (IANA), por ser exercido por apenas uma pessoa. Posteriormente, em 1998, a IANA passou a ser *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*²³ - ICANN.

²¹ PASCOAL, 2015, p.86.

²² Jon Postel, em conjunto com Joyce Reynolds, foi responsável pelo RFC 920 que criou domínios genéricos como: .com, .gov, .edu,.org, além de prever a criação de um nome de domínio para cada país com dois caracteres.

²³ "A Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) - órgão mundial responsável por estabelecer regras do uso da Internet - é uma entidade sem fins lucrativos e de âmbito internacional, responsável pela distribuição de números de "Protocolo de Internet" (IP), pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de

Em 1984 o governo norte-americano criou o *Internet Activities Board (IAB)*, que posteriormente foi renomeado *Internet Architecture Board (IAB)*, cuja função é supervisionar o desenvolvimento técnico e de engenharia da internet.²⁴

O IAB deu origem ao *Internet Engineering Task Force (IETF)*, criado em 1986 e hoje considerado o "foro de referência, em nível mundial, para a padronização de tais protocolos e a provação de novos"²⁵.

Como a ARPANET foi transferida do Departamento de Defesa para a NSF e, posteriormente, para a conexão de redes comerciais. Lucero (2011, p. 88) informa que em 1992 foi criada a *Internet Society (ISOC)* que "tem por objetivo promover liderança no desenvolvimento dos padrões Internet, bem como fomentar iniciativas educacionais e políticas públicas ligadas à rede mundial entre computadores."²⁶ Ela oferece as bases para as ações do IAB e IETF.

Até 1990 as instituições governamentais dos EUA foram responsáveis pelos protocolos que permitem o funcionamento da internet. Com o surgimento da *World Wide Web*, em 1990, a internet despertou o interesse do setor privado que, após 1991, com a autorização do governo americano para a exploração comercial da internet, passou a gerir a rede.

A gestão do DNS passou em 1991 à *Network Solutions Inc.*, uma empresa privada situada no estado norte-americano da Virgínia. Ela assumiu as atribuições antes desempenhadas pelo SRI referentes ao registro dos identificadores da parte da rede em uso pela defesa. Como supracitado, ela também recebeu da NSF, em 1993, a incumbência de gerenciar o registro de nomes de domínio.

primeiro nível com códigos genéricos (gTLD) e de países (ccTLD) e com funções de administração central da rede de servidores. Esses serviços eram originalmente prestados mediante contrato com o governo dos EUA, pela Internet Assigned Numbers Authority (IANA) e outras entidades. A ICANN hoje cumpre a função da IANA. Sendo uma sociedade de capital misto, a ICANN se dedica à manutenção da estabilidade operacional da Internet, à promoção da concorrência, a obter uma ampla representação das comunidades globais congregadas na Internet e ao desenvolvimento de uma política adequada à sua missão, com processos consensuais, implantados através da abordagem "bottom-up"(de baixo para cima)."

²⁴ PASCOAL, 2015, p.44.

²⁵ LUCERO, 2011, p. 88.

²⁶ Disponível em: <https://www.isoc.org.br/post/escritorio-brasileiro/7>. Acesso em 21.nov.2015.

Em 1994 é criado W3C, cuja missão é "conduzir a World Wide Web para que atinja todo seu potencial, desenvolvendo protocolos e diretrizes que garantam seu crescimento de longo prazo".

Ao mesmo tempo, no âmbito nacional de cada país existem entidades responsáveis pelas normatizações locais, tal como o Comitê Gestor da Internet (CGI) no Brasil, criado pelo Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003.

O CGI possui como atribuição:

estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível ".br". Também promove estudos e recomenda procedimentos para a segurança da Internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da Internet.²⁷

Subordinado ao CGI há o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – (NIC.br), criado para implementar as decisões e os projetos CGI.

O NIC.br possui um departamento denominado Registro.br que é o departamento responsável pelas atividades de registro e manutenção dos nomes de domínios que usam o .br e também pela execução do serviço de distribuição de endereços IPv4 e IPv6 e de números de Sistemas Autônomos (ASN) no país²⁸. O NIC.br também conta com o CERT.br - Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil, o CETIC.br - Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação - para monitorar a adoção das tecnologias de informação e comunicação, departamento responsável, o CEPTRON.br - Centro de Estudos e Pesquisas em Tecnologias de Redes e Operações), o Ceweb.br - Centro de Estudos sobre Tecnologias Web).

²⁷ Disponível em: <http://www.cgi.br/sobre/>. Acesso em 21.nov.2015.

²⁸ Disponível em <http://registro.br/sobre/>. Acesso em 21.nov.2015.

Percebe-se, dessa forma, que a governança da internet se dá em nível global, regional e nacional, de forma aberta e não centralizada. Apesar de ser louvável a sua independência e liberdade em relação à máquina estatal, isso também acaba trazendo problemas a serem enfrentados para a garantia da higidez do ambiente cibernético.

Considerando essa necessidade de se abordar temas de interesse de toda a comunidade usuária da internet, durante a segunda fase do WSIS *World Summit on the Information Society* em Túnis, 2006, foi solicitado ao Secretário Geral das Nações Unidas que criasse o IGF - *Internet Governance Forum*. Segundo a Agenda de Túnis, o IGF, em seus trabalhos e funções, deve ser multissetorial, democrático e transparente²⁹. Vale mencionar, o Brasil sediou o Fórum em 2007, no Rio de Janeiro, e em 2015, em João Pessoa, quando comemorou sua décima edição³⁰.

O grande mérito do IGF é promover o diálogo entre governo e sociedade, esta considerada em sua multissetorialidade, o que possibilita a discussão dos mais variados temas relacionados à governança da internet.

Cumprе mencionar, por fim, que dos inúmeros temas abordados durante a última edição de IGF (João Pessoa, 2015), destacamos aquele que trata dos direitos humanos na internet. Segundo consta no sumário executivo do Fórum³¹ o tema dos direitos humanos e internet vêm ganhando cada vez mais importância nos fóruns que se mostram importantes para garantir que a internet vem sendo utilizada como forma de assegurar o desenvolvimento sustentável e promover os direitos humanos globalmente. Também aponta sua importância para a promoção da redução da desigualdade e discriminação.

²⁹ UNITED NATIONS. *World Summit on the Information Society (WSIS)*. **Agenda de Túnis para a Sociedade da informação**. Disponível em <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf>. Acesso em 18.nov.2015.

³⁰ O primeiro ciclo do fórum, 2006-2010 se deu da seguinte forma: 2006 IGF Atenas, Grécia, 2007 IGF Rio de Janeiro, Brasil, 2008 IGF Hyderabad, Índia, 2009 IGF Sharm El Sheikh, Egito, 2010 IGF Vilnius, Lituânia. No segundo ciclo, 2011 a 2015, sediaram o fórum: 2011 IGF Nairobi, Quênia, 2012 IGF Baku, Azerbaijão, 2013 IGF Bali, Indonésia, 2014 IGF Istambul, Turquia.

³¹ Informações disponíveis em <https://www.intgovforum.org/cms/10thIGFChairsSummary17nov.pdf>. Acesso em 19.nov.2015.

A tutela dos direitos humanos no meio cibernético mostra-se essencial tanto no mundo físico (real), como no mundo virtual (cibernético), visto que a sua violação implica em conseqüências reais em pessoas reais. Embora o tema venha ganhando cada vez mais destaque nos IGFs, fato é que ainda há muito o que se evoluir para que as demandas sejam realmente atendidas. O importante é que a governança da internet continue evoluindo, sempre atenta às necessidades sociais para que a humanidade encontre resposta efetiva e adequada para a infinidade de violações a direitos passíveis de serem cometidas contra aqueles que, de uma forma ou de outra, utilizam a internet.

2 DIREITOS HUMANOS³²

*A injustiça num lugar qualquer é
uma ameaça à justiça em todo o lugar.*

Martin Luther King

O estudo dos Direitos Humanos³³ nos remete a distintos momentos históricos. Isso porque embora se encontrem sob a mesma classe de direitos não surgiram em uma única oportunidade mas sim se desenvolveram e evoluíram ao longo da história da humanidade. Uma vez que a sociedade se desenvolve, os direitos humanos evoluem para melhor se adequarem às novas demandas sociais.

Willis Santiago Guerra Filho bem elucida a questão ao destacar a necessidade de se reconhecer a distinção entre direitos fundamentais, pelo menos enquanto fenômenos, para sua melhor compreensão:

Uma distinção clássica refere-se a direitos civis, políticos e sociais. Os primeiros são aqueles que foram consagrados, historicamente, na modernidade, antes dos demais, já em um período em que o cidadão ainda não desfrutava, plenamente, dos direitos políticos, muito menos daqueles sociais, de aparecimento mais recente, postulados quando vieram à plena luz as mazelas sociais decorrentes do modelo liberal de Estado e economia. ³⁴

³² O presente tema é melhor tratado na dissertação de mestrado da autora intitulado "Efetividade dos Direitos Humanos: a sociedade civil e os writs constitucionais".

³³ O presente trabalho tratará, indistintamente, os termos direitos humanos e direitos fundamentais. Respeitará o uso, todavia, do primeiro sob a perspectiva desses direitos em âmbito internacional, tal como o faz a doutrina internacionalista, e do segundo, quando se referir aos mesmos direitos no âmbito constitucional, tal como o fazem os constitucionalistas.

³⁴ MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coordenação). Tratado **Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Por sua vez, para Norberto Bobbio “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”³⁵ Na mesma esteira, José Afonso da Silva acrescenta:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos, Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários.³⁶

Para Flávia Piovesan Piovesan:

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações moerias, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.³⁷

Verifica-se, dessa forma, que a formação do atual sistema de tutela dos direitos humanos, seja em âmbito nacional ou internacional, se dá na medida em que novas situações imponham a necessidade de uma prestação jurisdicional para atender a essas demandas. Isso, todavia, se dá de forma lenta e árdua, , muitas vezes em descompasso com a velocidade das transformações sociais.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.31.

³⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 32ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.149.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p.110.

2.1 Declarações de direitos: noções históricas

2.1.1 Inglaterra

A Idade Média tem início em 453 da era cristã com o fim do Império Romano do Ocidente e é marcada pela combinação de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. O poder político e econômico no território europeu foi esfacelado pelo feudalismo durante a Alta Idade Média. Apenas a partir do século XI, iniciou-se o movimento de reconstrução da unidade política da Europa³⁸ e, com ela, a reconcentração do poder: papa, imperadores e reis disputavam a hegemonia sobre o território europeu.

A abusiva concentração do poder que se deu gerou a revolta dos demais fazendo com que surgissem as primeiras manifestações desse cenário: a Declaração das Cortes de Leão, na Península Ibérica, em 1188 e a célebre *Magna Charta Libertatum* inglesa, de 1215, elaborada pelo Arcebispo Stephen Langton e assinada pelo Rei João, também conhecido como João-Sem-Terra, mediante pressão imposta pelos barões feudais³⁹.

A *Magna Charta Libertatum*, impunha restrições ao poder do monarca protegendo uma série de liberdades e garantias aos homens livres do reino, estes compreendidos como eclesiásticos, nobres, burgueses e grandes mercadores. A mais famosa garantia prevista na *Charta*, encontrava-se insculpida em seu artigo 39 que proibia que homens "livres fossem presos, exilados ou tivessem bens

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, p.44.

³⁹ COMPARATO, 2005, p.44.

confiscados, ‘a não ser mediante um julgamento regular por seus pares ou conforme a lei do país’⁴⁰

A Carta Inglesa trouxe consigo o reconhecimento do valor da liberdade, embrião do que viria mais tarde ser os direitos humanos. Fábio Konder Comparato explica:

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.⁴¹

[...] Mais do que isso, porém, a *Magna Carta* deixa implícito pela primeira vez, na história da política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita. [...] O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – nobreza e clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, mas também por direitos subjetivos dos governados.⁴²

Nos séculos XVI e XVII, verificou-se na Europa a reconcentração do poder. Nesse período, Jean Bodin e Thomas Hobbes elaboram a teoria da monarquia absoluta, que serviu de fundamento para a formação dos grandes impérios coloniais nos quais o poder emanava do Rei e em seu nome era exercido.

⁴⁰ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002, p. 82.

⁴² COMPARATO, 2005, p..77 a 78.

Em seguida, é elaborada a *Petition of Rights*, de 1628, outro documento histórico. O principal objetivo desse instrumento era assegurar que os direitos e liberdades já conhecidos pela Magna Carta, fossem observados e não ignorados pelo Rei, com ocorria sistematicamente.

A partir da *Petition of Rights*, quando tivesse a intenção de efetuar gastos, o Rei teria que pedir autorização ao Parlamento. Passou a ser vedada a instituição de impostos sem o consentimento do Parlamento e, para a aplicação da pena de morte ou mutilação impunha-se a necessidade de um devido processo legal⁴³.

Em 1679 surge o *Habeas Corpus Act*. O objetivo do Parlamento era limitar o poder real para evitar prisões arbitrárias dos opositores do governo. A tutela da liberdade de locomoção então prevista pelo instrumento marca sua importância histórica enquanto matriz de todas as demais liberdades fundamentais posteriormente criadas⁴⁴.

A tensão gerada pelos conflitos com a monarquia perdurou até 1688. Com a Revolução Gloriosa as alianças foram definidas: "o Parlamento, dominado pela aliança da alta burguesia com a nobreza anglicana liberal, príncipe Guilherme de Orange, que destronou militarmente seu sogro, o rei Jaime II."⁴⁵

Mencionada aliança entre as classes dominantes tornou possível a substituição revolucionária do absolutismo por uma monarquia constitucional. Essa transição é marcada pela promulgação do *Bill of Rights*. Segundo Comparato:

[...] o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio

⁴³ Artigo 39 da *Petition of Rights*: "Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de seus direitos nem seus bens, nem declarado for a da lei, nem exilado, nem prejudicada a sua posição de qualquer outra forma; tampouco procederemos com a força contra ele, nem mandaremos que otrems o faça, a não ser por um julgamento legal de seus pares e pela lei do país."

⁴⁴ COMPARATO, 2005, p.86.

⁴⁵ TRINDADE, 2002, p. 82 e 83.

fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (*cruel and unusual punishments*)⁴⁶

Além disso, foi consagrada a liberdade de imprensa bem como algumas medidas foram tomadas permitindo a acumulação de riquezas⁴⁷. Por instituir a repartição de Poderes limitando o poder do monarca, garantir as liberdades individuais e dar origem à monarquia constitucional subordinada à soberania popular o *Bill of Rights* ganha destaque entre os demais documentos ingleses.

2.1.2 Estados Unidos da América

Muito se passou até que os estados absolutistas fossem definitivamente derrotados. Maria Garcia ressalta:

[...] muitos constitucionalistas do Estado Moderno surgiu absolutista e, durante alguns séculos, todos os defeitos e virtudes do monarca absolutista foram confundidos com as qualidades do Estado. A reação a esse absolutismo, como a tudo que representasse vedação ou restrição individual, deu origem ao Estado liberal, no século XVIII. Nessa época, ambas as Revoluções marcantes, a Francesa de 1789 e a Norte-Americana (por muitos entendida, apenas, como a Guerra de Independência) de 1776, procuraram atingir o Estado naquilo que mais ressaltava como dominador ou opressor da liberdade e da igualdade do homem e do cidadão: limitação do poder

⁴⁶ COMPARATO, 2005, p.93.

⁴⁷ TRINDADE, 2002, p. 82 e 83.

governamental, representação popular e eliminação dos privilégios aristocráticos e do clero.⁴⁸

As medidas mercantis e tributárias impostas pela Inglaterra às suas colônias americanas motivaram desentendimentos entre elas a partir da década de 70 do século XVIII. Os colonos sentiam-se prejudicados pelas medidas adotadas pois entendiam que estas prejudicavam seus interesses comerciais e financeiros. Essa luta contra os regimes absolutistas na Europa culminou na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, em 12 de janeiro de 1776, na América.

A Declaração do Bom Povo de Virgínia foi elaborada com inspiração nos pensamentos de Locke, Montesquieu e Rousseau. Esse é considerado o primeiro documento político a reconhecer os direitos humanos, consagrada antes mesmo da própria Declaração de Independência norte-americana, de 4 de julho de 1776. A aludida Declaração não se preocupa apenas com o reconhecimento da existência de direitos inerentes ao homem, mas, sobretudo, com a estrutura democrática do Estado e a necessária de limitação de seus poderes. Para José Afonso da Silva, mencionada Declaração encerra em seu conteúdo as bases dos direitos dos homens:

A Declaração de Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares; (6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres; (7) é ilegítimo todo

⁴⁸ GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda**, 2ª edição atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; (8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; (9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; (10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime; (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; (12) “que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempo de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado”; (13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência.⁴⁹

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América é adotada alguns meses após a Declaração de Virgínia, em julho de 1776. Ela reserva em si um importante papel no processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos ao admitir a existência de direitos inerentes e inalienáveis do homem. Direitos como a vida, a liberdade e a busca da felicidade passam a ser tutelados como indispensáveis e necessários à existência humana.

Além disso, reconhece a soberania popular uma vez que a Declaração estabelece que a tutela de aludidos direitos se dá por meio da criação de governos cujos poderes derivam do consentimento dos governados.

Tornou-se célebre sua justificativa para a proclamação de sua independência:

Consideramos por si evidentes as verdades seguintes: que todos os homens são criaturas iguais; que são dotados pelo seu Criador certos direitos inalienáveis; e que, entre estes, se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Os

⁴⁹ SILVA, 2009, p.153 e154.

governos são estabelecidos entre os homens para assegurar estes direitos e os seus justos poderes derivam do consentimento dos governados; quando qualquer forma de governo se torna ofensiva destes fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o nos princípios e organizando os seus poderes pela forma que lhe pareça mais adequada a promover sua segurança e felicidade. A prudência aconselha a não mudar governos há muito estabelecidos em virtude de causas ligeiras e passageiras; e, na verdade, toda a experiência tem demonstrado que os homens estão mais dispostos a sofrer males suportáveis do que a fazer justiça a si próprios, abolindo as formas a que estão acostumados. Mas, quando uma longa sucessão de abusos e usurpações, visando invariavelmente o mesmo fim, revela o desígnio de submetê-los ao despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever, livrar-se de tal governo e tomar novas providências para bem da sua segurança. Foi este o paciente sofrimento destas colônias e é agora a necessidade que as constringem a alterar o seu antigo sistema de governo⁵⁰

A Constituição dos Estados Unidos foi aprovada em 17 de setembro de 1787, na Convenção de Filadélfia. Como seu texto não contemplava os direitos fundamentais, nove das treze colônias exigiram a sua inserção para ratificação da Constituição e adesão à Federação. Em 1789, atendendo à aludida reivindicação, Thomas Jefferson e James Madison elaboraram as dez emendas que constituíam o *Bill of Rights* americano e que foram aprovadas em 1791.

Sobre o cenário norte-americano, José Damiano Trindade esclarece que:

As declarações e a Constituição americanas tinham claro fundamento na filosofia jusnaturalista da época e na tradição constitucional inglesa. Além de limitarem o poder arbitrário dos governantes sobre a pessoa (o que já existia nos textos anteriores da ex-metrópole), ampliavam a autonomia dos indivíduos em relação ao Estado. Tratavam apenas de direitos civis e políticos, nenhuma cogitação de direitos sociais (isso não cabia no credo liberal). Mesmo os direitos civis e políticos

⁵⁰ TRINDADE, 2002, p. 97.

enunciados, malgrado o "universalismo" que perpassava as declarações, teriam de percorrer uma longa senda pela frente até começarem a ser estendidos a homens mais pobres, a escravos, a índios e mulheres.⁵¹

As Declarações norte-americanas tinham, portanto, conteúdo liberal em prol de seu pleno desenvolvimento econômico. Com fundamento na filosofia jusnaturalista, embora citadas declarações enunciassem os ditos "direito universais", verdade é que eles não eram tão universais assim; as pessoas não eram todas livres e iguais como anunciado. Muito ainda havia que ser feito para erradicar a política econômica escravagista que assolava os Estados da Federação, em especial os estados do sul do país. Mesmo após a emancipação dos escravos negros, após uma sangrenta guerra civil, fato é que a população branca tinha em si enraizado o preconceito racial que impedia a aceitação e reconhecimento do negro como cidadão detentor de direitos e deveres perante o Estado e a sociedade.

Embora revolucionária, a Independência americana não implicou em mudanças significativas em sua estrutura econômico-social. O que se pretendia com a sua independência era cortar os laços com a metrópole inglesa para que, independente, pudesse determinar seu próprio futuro. Ao mesmo tempo, a limitação do poder Estatal era entendida como necessária para o desenvolvimento socioeconômico do país e dos cidadãos, daí o porque do reconhecimento apenas dos direitos civis e políticos. Os direitos sociais seriam lembrados apenas num momento posterior.

2.1.3 França

O início do processo de reconhecimento dos direitos humanos deve grande parte de seu êxito à Europa, em especial aos documentos elaborados pelos ingleses. Entretanto, a disseminação e consagração desses direitos se deu apenas

⁵¹ TRINDADE, 2002, p. 98.

a partir de 1789, na França, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Há quem diga que a Declaração de Direitos francesa de 27 de agosto de 1789 possui como inspiração a Revolução Americana, sobretudo da Declaração de Virgínia. No entanto, vale mencionar que a Declaração de Direitos francesa consolidou o pensamento político que envolveu a Europa no século XVIII utilizando, para tanto, a técnica das Declarações americanas. Trata-se do chamado fenômeno da transmigração, tal como apontada por Santi Romano:

O fenômeno da transmigração ou propagação do direito; que se dá por inúmeras causas que pode ser reduzidas a duas: a) a conquista ou a colonização que impõe ao país conquistado ou colonizado a ordenação do Estado conquistador ou da metrópole, salvo oportunas adaptações; b) a livre adoção por parte de um Estado das Instituições de outro, verificando-se aquilo que Emerico Amari dizia, com feliz expressão, “contagiosidade do direito”. Conforme a causa que o determina, esse fenômeno pode assumir aspectos que variam também sob outros pontos-de-vista: ou uma ordenação estende-se a novos países com sua própria força jurídica, com seus próprios textos, com suas próprias leis, parcialmente modificada ou íntegra; ou ela é apenas imitada por um outro Estado, que a toma como modelo sem que entre as duas ordenações haja identidade ou qualquer relação jurídica. A primeira hipótese verifica-se, principalmente, no caso de conquista ou colonização, e como exemplo típico pode-se citar a propagação do direito romano; a segunda quando se trata da livre adoção. E isto sem considerar uma terceira hipótese, que aqui não interessa e que se tem quando dois ou mais Estados obrigam-se, internacionalmente, a ter sobre determinadas matérias normas idênticas.⁵²

⁵² ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 47-48.

Durante o período que compreende os séculos XVI e XVIII, Antigo Regime, percebiam-se três ordens na hierarquia da sociedade francesa: clero, nobreza e o povo. Como se sabe, clero e nobreza detinham o poder e privilégios, restando ao povo o trabalho sem qualquer previsão e muito menos tutela de seus direitos. Em situação de completa penúria, o povo, em oposição ao regime absolutista, dá início à revolução que culminaria no fim do Antigo Regime⁵³. Emerson Garcia bem retrata a sociedade francesa da época:

Além da desigualdade entre as ordens, cada uma delas apresentava escalonamentos internos. Conquanto fosse possível a transposição horizontal, vale dizer, a passagem de uma ordem para outra, era praticamente impossível o envolver vertical, a ascendência dentro de uma mesma ordem. As classes mais baixas do clero, aliás, ostentavam situação de penúria semelhante à população em geral. No âmbito da Terceira Ordem ou, na expressão mais conhecida, Terceiro Estado, a burguesia era a minoria. Apresentava um escalonamento que se estendia dos detentores do capital, classe mais abastada, aos pequenos artesãos, que se dedicavam ao trabalho manual e se encontravam em situação semelhante à do povo. A burguesia superara a aristocracia nos planos econômico e cultural, mas, por pertencer ao Terceiro Estado, além de ter direitos limitados, tinha o acesso a determinados bens de consumo vedado por lei, o que era causa de grande insatisfação. É nesse quadro que eclode a Revolução Francesa; classes dominantes querendo preservar seus privilégios, classes incipientes lutando para participar da vida política do Estado e ter um rol mínimo de direitos reconhecido.⁵⁴

Os revolucionários franceses, formados pelas classes incipientes mencionadas por Emerson Garcia, liderados pela burguesia, entendiam que os direitos insculpidos na Declaração Francesa aplicavam-se à toda humanidade. O fato de seu texto ser abstrato, universal e atemporal possibilitava uma fácil

⁵³ GARCIA, Emerson. **Contornos essenciais da declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789** in: SIEYÈS, Emmanuel. **Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 2 e 3.

⁵⁴ GARCIA, , 2008. p. 2 e 3.

adaptação a uma grande variedade de realidades. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato, citando Duquesnoy, explica: "uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos."⁵⁵

Para que pudesse alcançar as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento, a burguesia carecia de um tratamento jurídico adequado. Por esse motivo, a Declaração de Direitos Francesa, influenciada pelo liberalismo econômico, encerrava uma concepção individualista da sociedade que tinha como certa e necessária a abstenção do Estado na sociedade.

Logo em seu artigo terceiro mencionada Declaração insculpe a soberania popular segundo a qual todo poder emana do povo. Além disso, o documento consagra os direitos inerentes ao homem como sendo: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão⁵⁶.

Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foram promulgadas as Constituições Francesas de 1791 e 1793 iniciando-se, dessa forma, o processo de positivação dos direitos humanos de primeira dimensão, categorizados como direitos civis e políticos. Estes possuem como objetivo maior limitar o poder estatal mediante a abstenção de sua atuação na sociedade. Nesse sentido, Paulo Bonavides esclarece que "os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos..."⁵⁷

⁵⁵ COMPARATO, 2005, p.130.

⁵⁶ Emerson Garcia: "A DDHC sacramentou os direitos individuais característicos do liberalismo clássico, originado pelo pensamento político que principiou com a *Magna Charta* de 1215, o mais célebre dos textos clássicos, estendeu-se às proclamações inglesas dos séculos XVII e XVIII (*Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights and Claim of Rights* de 1688, *Act of Settlement* de 1700) e sedimentou-se com a revolução americana (Declaração de Independência dos Estados da Nova Inglaterra e *Bill of Rights* da Virgínia, de 1776)." GARCIA, 2008, p. 7.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

Cumpra mencionar que em vez de gerações de direitos, entende-se mais adequado falar sobre dimensões de direitos. Sobre o tema, Willis Santiago Guerra Filho esclarece:

Que ao invés de 'gerações', é melhor se falar em '*dimensões de direitos fundamentais*', nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos 'gestados' em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.⁵⁸

Embora soasse com uma boa idéia livrar a sociedade da opressão e dos abusos cometidos pelo Estado impondo-lhe uma severa limitação de seu poder, perceber-se-ia, num futuro próximo, que a completa abstenção da atuação do Estado também não se mostrava adequada ou conveniente. A evolução das relações sociais revelou que em determinados momentos a presença do Estado se faz necessária para a tutela de direitos que transcendem o indivíduos, direitos esses posteriormente conhecidos como direitos de segunda dimensão, os direitos sociais.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: RCS, 2007, p. 43.

2.1.4 México, Rússia e Alemanha

O grande mérito da Revolução Francesa foi a consagração dos direitos de primeira dimensão que consubstanciava-se na garantia forma das liberdades mediante a limitação do poder estatal.

Muito embora os homens fossem considerados iguais perante a lei, entretanto, não se pode dizer que havia uma igualdade real entre os indivíduos. No pensamento liberal, o ser humano “era uma abstração. (...) Estabelecia-se igualdade abstrata entre os homens, visto que deles se despojavam as circunstâncias que marcam suas diferenças no plano social e vital. Por isso, o Estado teria que abster-se.”⁵⁹

A realidade era bem diferente daquilo que se pretendia fazer crer. Apenas uma parcela da população francesa beneficiou-se da liberdade e igualdade conquistadas pela Revolução, qual seja: a burguesia capitalista que detinha o poder do capital para realizar as liberdades conquistadas. O restante da população permaneceu marginalizada e sua situação ficaria ainda pior com o advento da Revolução Industrial.

A substituição do trabalho artesanal pelo trabalho em série e assalariado impulsionou o desenvolvimento econômico enriquecendo a burguesia capitalista em detrimento da classe proletária que era submetida a um tratamento degradante e a uma situação de completa penúria. Havia um abismo entre as classes, uma cada vez mais alarmante e acentuada desigualdade econômica.

Tornava-se cada vez mais claro que os ideais de "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" festado durante a Revolução Francesa não se mostrava mais suficientes às demandas da sociedade. Como bem leciona Norberto Bobbio ressalta que:

⁵⁹ SILVA, 2009, p.159.

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.⁶⁰

Se num primeiro momento almejou-se a abstenção do Estado, com a Revolução Industrial tornava-se evidente que essa postura tampouco seria adequada. Percebeu-se que em determinadas situações a intervenção estatal era necessária para suprir as necessidades da população marginalizada.

Nesse cenário, em meados do século XIX, eclodem as idéias de Karl Marx. Feroz crítico ao sistema capitalista, Marx passa a invocar a grande massa proletariada para que, unida, promovesse profundas mudanças nas sociedades capitalistas. Nascem, a partir daí, os direitos de segunda dimensão, ou como posteriormente denominados, direitos econômicos, sociais e culturais que, nas lições de José Afonso da Silva:

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁶¹

⁶⁰ BOBBIO, 2004, p. 29.

⁶¹ SILVA, 2009, p. 286 e 287.

Tratam-se, pois, de direitos que invocam a intervenção, positiva ou negativa, do Estado na sociedade. Ou seja, nesse momento posterior à Revolução Francesa, o Estado não era mais considerado inimigo do povo, mas sim seu poderoso aliado; aquele capaz de atender às demandas sociais decorrentes de um sistema cruel de economia e produção.

O embate contra as classes dominantes culminaram na consagração desses direitos sociais na Constituição do México, em 1917, na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, na Rússia, e a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha.

O primeiro instrumento, portanto, a consagrar os direitos sociais foi a Constituição Mexicana de 1917. Em atenção à dura realidade a que os trabalhadores eram submetidos ela insculpiu em seus dispositivos medidas para a proteção e prevenção dos abusos cometidos pelos empregadores. Por exemplo, em seu artigo 5º estabelece que "Ninguém será obrigado a prestar trabalhos pessoais sem a justa retribuição e sem seu pleno consentimento, salvo o trabalho imposto como pena pela autoridade judicial, ao qual se ajustará o disposto nos incisos I e II do artigo 123." O artigo 123, por sua vez, trata do Trabalho e Previdência Social e assegura, dentre outros, a jornada de trabalho máxima de 8 horas (inc.I), descanso remunerado (inc. IV), salário mínimo (inc. VI), responsabilidade dos empregados em relação aos acidentes e doenças do trabalho (XIV)⁶².

Subseqüente à Constituição Mexicana, é elaborada, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, em 1918, fruto da Revolução Russa. Com fundamento nas idéias de Marx, Engles e Lenin, tinha com objetivo primordial "suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a

⁶² MÉXICO. **Texto original da Constituição Mexicana de 1917.** Disponível em: <

instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países", tal como insculpido em seu capítulo II.⁶³

Visando a ampla tutela dos direitos sociais, aludido instrumento promoveu profundas mudanças do Estado Russo, silenciando-se quanto aos direitos e garantias individuais, direitos de primeira dimensão. Vale dizer, a Declaração Russa aboliu a propriedade privada da terra e estatizou os meios de produção para que o Estado fosse dominado pelos operários que antes eram explorados pelos detentores do capital. Buscava-se, assim, alcançar a igualdade real e não aquela abstração do pensamento liberal. Sobre o silêncio da Declaração em relação aos direitos e garantias individuais, José Damião de Lima Trindade ressalta: "até em proveito desse rumo, seria também razoável esperar que, em vez de silenciarem sobre garantias individuais, os revolucionários imprimissem-lhes sentido novo – compatível com os direitos sociais dos trabalhadores e com a primazia do interesse social, superando o viés individualista com que haviam sido marcadas as revoluções burguesas."⁶⁴

Por sua vez, na Alemanha a situação era assoladora. O fim da 1ª Grande Guerra trouxe o caos ao país. A população padecia em meio à miséria e à fome. O país foi forçado a se submeter ao Tratado de Versalhes, de 28.6.1919, que, dentre outras, lhe impôs pesadas indenizações, a perda de territórios e colônias e o desarmamento.

O pior é que além das pesadas penas aplicadas ao país, o Tratado de Versalhes em nada contribuíam para a reestruturação alemã. Muito pelo contrário, o cenário de instabilidade política e econômica ainda era ameaçado pelas revoluções européia e russa na medida em que traziam ao proletariado um novo fôlego para se verem livres da situação em que se encontravam.

⁶³USP. **Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado - 1918**, Disponível em

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-do-povo-trabalhador-e-explorado-1918.html>>. Acesso em 5.set.2014.

⁶⁴ TRINDADE, 2002, p.159.

O receio de que as revoluções socialistas se instalassem no país conduziu à vitória do proletariado sobre a burguesia e razão pela qual os direitos sociais passaram a integral o rol de direitos tutelados pela Constituição de Weimar, de 11.8.1919. Determinava em seu artigo 165, que

Os operários e empregados são chamados a colaborar, em igualdade de direitos com os empresários, na regulação das condições de salário e trabalho, assim como na evolução econômica geral das forças produtivas. São reconhecidas as organizações de ambas as categorias e bem assim as convenções que celebrarem entre si. Para salvaguarda de seus interesses sociais e econômicos, os operários e empregados mantêm representantes legais nos conselhos de empresa, bem como, de acordo com os setores econômicos, em Conselhos Distritais de Trabalhadores e num Conselho Nacional de Trabalhadores.

Em que pese sua curta duração, a Constituição Alemã de 1917 exerceu forte influência sob as posteriores constituições ocidentais.

Com a chegada de Adolf Hitler ao poder em 30.1.1933 a Alemanha passaria por profundas transformações no período mais obscuro da história da humanidade.

No poder, Hitler passa começa a difundir seu ideal nacionalista, anti-semita, anticomunista e racista. O país retoma o desenvolvimento econômico com o descumprimento das obrigações impostas pelo Tratado de Versalhes. Ao mesmo tempo, a população discriminada pelo Estado era escravizada e dizimada nos implacáveis campos de concentração.

Essa Alemanha nazista deflagra a 2ª Guerra Mundial que perdurou de 1939 a 1945⁶⁵. Antes e durante a Guerra o mundo testemunhará as maiores atrocidades cometidas contra a humanidade e, pior, perceberá que esses horrores foram cometidos por aquele que se acreditava ser seu guardião, o Estado. Nesse sentido, Flávia Piovesan ressalta:

⁶⁵ 1º de setembro, quando a Alemanha invade a Polônia, é considerado o termo inicial da Segunda Guerra Mundial. Esse conflito polarizou o mundo em duas alianças opostas, Aliados e Eixo, culminando com a vitória dos primeiros em 1945.

Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.⁶⁶

A 2ª Guerra Mundial esfacelou tudo que havia sido conquistado em sede de direitos humanos a partir do momento em que o ser humano se tornou descartável, desprezado; um ser destituído de direitos, de garantias, de dignidade. Uma nova ordem mostrou-se necessária. Uma ordem que, antes de qualquer outra coisa, tivesse como objetivo primordial a tutela e promoção da dignidade do homem. Como bem assevera Flávia Piovesan:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, e que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hanna Arendt, o direito de ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.⁶⁷

Nesse contexto, ao final da 2ª Guerra Mundial, os direitos humanos emergem como tema de preocupação internacional e não mais restrito ao âmbito interno de

⁶⁶ PIOVESAN, 2007, p.118.

⁶⁷ Ibid., p.118.

cada país. Um novo cenário havia se estabelecido e a ele novas soluções haviam de ser encontradas. Se um Estado violasse os direitos humano, ele teria que ser responsabilizado pelos seu atos.

A solução encontrada foi a internacionalização dos direitos humanos mediante a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a aprovação da respectiva Carta das Nações Unidas. Esta, aliás, considerado o marco do surgimento de uma nova ordem internacional:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultura, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.⁶⁸

Em momento posterior, em 1948, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos a fim de deixar claro o que a Carta de 1945 havia consignado quanto ao significado de direitos humanos.

⁶⁸ PIOVESAN, 2007, p.126.

2.2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 10.12.1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas mediante aprovação unânime de quarenta e oito Estados e oito abstenções.

Esse instrumento sintetiza o pensamento pós 2ª Grande Guerra, afinal, o mundo não queria mais presenciar os horrores e atrocidades cometidas durante esse período. Nesse sentido, logo no segundo parágrafo de seu Preâmbulo, a Declaração destaca que sua formação levou em consideração que o "desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem"

A Declaração constitui um marco histórico em sede de direitos humanos. Como ressalta João Carlos Azuma:

A DUDH, concebida como “um padrão comum a ser alcançado por todos os povos e todas as nações”, tem por mérito entabular que os direitos humanos são universais, inalienáveis, interdependentes e indivisíveis. Universais, pois basta a condição de ser humano, para ser titular de dignidade e de direitos; inalienáveis, porque a dignidade e os direitos não podem ser subtraídos de nenhum ser humano; interdependentes e indivisíveis, porquanto os direitos humanos compõem um conjunto de direitos indissociáveis e indissolúveis,⁶⁹

⁶⁹ AZUMA, João Carlos. **O Pacto Global das Nações Unidas: uma via para a responsabilidade das empresas pela concretização dos direitos humanos**. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.40

PASCOAL, 2015, p.43.

A Declaração Universal é composta por trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo com sete *Considerandos*.

Logo em seu artigo primeiro, reafirmando o primeiro Considerando do Preâmbulo, a Declaração consagra os direitos à liberdade, igualdade e dignidade. Todavia, o seu grande mérito é ter conseguido compatibilizar esses direitos de primeira dimensão (século XVIII) e os direitos de segunda dimensão (século XX), ou seja, direitos civis e políticos em harmonia com direitos econômicos, sociais e culturais num mesmo instrumento.

Os direitos civis e políticos encontram-se consignados nos artigos 3º a 21 da seguinte forma: direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo 3º), proibição da escravidão (artigo 4º), proibição da tortura e penas e tratamentos cruéis (artigo 5º), reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 6º), igualdade e proibição da discriminação (artigo 7º), direito a um recurso efetivo nas jurisdições nacionais quando da violação de direitos humanos (artigo 8º), proibição de prisões, detenções e exílios arbitrários (artigo 9º), direito a um julgamento realizado por um tribunal independente e imparcial para decidir sobre seus direitos e obrigações ou sobre as razões de qualquer acusação em matéria penal imputados à pessoa (artigo 10), direito à presunção de inocência, à ampla defesa e à anterioridade penal (artigo 11), direito à privacidade, honra e reputação (artigo 12), direito de locomoção e residência dentro de seu país e direito de abandonar e retornar ao seu país (artigo 13), direito de pedido de asilo (artigo 14), direito à uma nacionalidade e a proibição de ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade (artigo 15), direito ao casamento e de constituir uma família (artigo 16), direito à propriedade (artigo 17), liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 18), liberdade de opinião e expressão (artigo 19), liberdade de reunião e associação pacífica (artigo 20), direito de tomar parte na direção dos negócios públicos do seu país e direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país (artigo 21).

Por sua vez, os direitos econômicos, sociais e culturais encontram-se previstos nos artigos 22 a 27. O artigo 22 assim inaugura esse rol de direitos:

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Estabelece ainda a Declaração que toda pessoa tem direito ao trabalho e a um salário (artigo 23), direito de repouso e lazer (artigo 24), direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência (artigo 25), direito à educação (artigo 26), direito de acesso à cultura e à propriedade intelectual (artigo 27).

Por fim estabelecem os artigos 28 a 30 como os direitos previstos na Declaração devem ser exercidos pelos indivíduos e, ao mesmo tempo, tutelados pelo Estado. Determinam aludidos dispositivos que: o homem tem direito à uma ordem que permita tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Declaração (artigo 28), o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (artigo 29), nenhum dispositivo da Declaração deve ser interpretado de forma possibilitar a violação de algum direito ou garantia nela enunciados (artigo 30).

Segundo Flávia Piovesan, a Declaração da ONU “consolida a afirmação de uma ‘ética universal’ ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”⁷⁰.

Para Norberto Bobbio após a Declaração Universal tornou-se possível afirmar que a humanidade compartilha alguns valores e conclui que “crer na universalidade dos valores, no único sentido em que tal crença é historicamente legítima, ou seja, no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.”⁷¹

Para o autor supracitado, a universalidade dos direitos humanos é fruto de um longo e lento processo histórico de formação das declarações constituindo-se por 3 fases. Na primeira fase de formação, os direitos dos homens “são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador”.⁷² Essa fase é marcada pelo nascimento das teorias filosóficas segundo as quais a liberdade e igualdade surgem como um ideal a ser perseguido.

A segunda fase inicial a concretização dos direitos idealizados na segunda fase, no entanto, os direitos protegidos são válidos apenas nos Estados em que são reconhecidos limitando-se a sua universalidade.

A terceira fase, iniciada com a Declaração Universal da ONU, é aquela “na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém

⁷⁰ Cumpre esclarecer que a autora utiliza o termo empregado por Eduardo Muylaert Antunes, tal como referenciado em nota de rodapé: “Cf. Eduardo Muylaert Antunes: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com ‘o valor da afirmação de uma ética universal’ e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal”. PIOVESAN, 2007, p.136.

⁷¹ BOBBIO, 2004, p. 28 a 29.

⁷² Ibid., p. 28 a 29.

efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. (...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”⁷³

A consagração dos direitos humanos como positivos e universais faz ainda mais sentido se analisarmos a questão da internet. O meio ambiente cibernético demanda uma resposta distinta daquela que estávamos acostumados a encontrar. Não se trata mais da violação sistemática dos direitos humanos por um determinado país. Hoje a preocupação transcende as fronteiras dos países. No mundo cibernético não existem fronteiras e os indivíduos se aproveitam de um suposto anonimato para cometer os mais diversos delitos. Pior ainda, a extensão do dano acaba tomando proporções inimagináveis anos atrás.

2.3 Direitos Humanos: a questão do fundamento

Como pudemos perceber, os direitos humanos são aqueles considerados essenciais à vida digna humana num determinado momento histórico. Frise-se: num determinado momento histórico pois assim como outros direitos, os direitos humanos não surgiram todos de uma vez, mas sim a partir da demanda social de um determinado momento. A sociedade evolui e ao seu lado o Direito também.

Mas qual seria o fundamento desses direitos? Qual seria a sua razão de ser? O que justificaria sua existência, sua necessidade, seu valor, sua importância?

Essa questão sempre permeou o processo de construção dos direitos humanos, todavia, sua resposta não é fácil e muito menos óbvia. Ao analisarmos o

⁷³ BOBBIO, 2014, p. 28 e 29.

atual panorama dos direitos humanos, por vezes percebemos a existência de um abismo entre as diferentes formas como eles são tratados ao redor do mundo. Se por um lado os direitos consagrados pela Declaração da ONU não encontram resistência em seu reconhecimento, em alguns países do oriente essa situação não se repete. Isso implica em reconhecer que encontrar um fundamento absoluto dos direitos humanos não se mostra como uma tarefa fácil ou até mesmo possível.

Norberto Bobbio não acredita na existência de um fundamento absoluto. Para o jurista, “fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que pense em Hobbes) no mundo de nossas ações”.⁷⁴

Para Bobbio, existem quatro dificuldades para a 'ilusão do fundamento absoluto' dos direitos humanos. A primeira dificuldade seria em relação ao próprio termo 'direitos humanos' e sua imprecisão. Para o autor, como seria possível tratar do fundamento absoluto ou não de direitos que carecem de uma noção precisa.

Em segundo lugar, os direitos humanos não são estáticos, constantes. Eles variam de acordo com a evolução da sociedade. Aquilo que se mostra fundamental em um dado momento, num outro pode não ser. Podem também surgir direitos que não são sequer imagináveis. Por exemplo, na época da Declaração não se vislumbra a o direito de acesso à internet como um direito fundamental, como hoje reconhecido mundialmente pela ONU. Para Bobbio, essa característica dinâmica dos direitos tornam inviável pensar em direitos fundamentais por natureza.

Em terceiro lugar, os direitos humanos constituem uma classe de direitos heterogênea que nos conduz a diversos fundamentos de acordo com o direito que se pretende defender. Ressalta o autor que na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, haverá a limitação da extensão de um dos direitos. Isso o faz concluir que "direitos que têm eficácia tão diversa não podem ter o mesmo fundamento e, sobretudo, que os direitos do segundo tipo — fundamentais, sim, mas sujeitos a

⁷⁴ BOBBIO, 2004, p. 21.

restrições — não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dar uma justificação válida para a sua restrição.”⁷⁵

A última dificuldade reside na antinomia dos direitos humanos: “dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ser, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis.”⁷⁶

Para Bobbio, hoje o problema dos direitos humanos não é mais fundamentá-lo, mas sim protegê-lo⁷⁷, “não se trata de encontrar o fundamento absoluto — empreendimento sublime, porém desesperado —, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis.”⁷⁸

Embora não se possa dizer que a busca por um fundamento absoluto ou não dos direitos humanos se trata de uma questão superada ou ultrapassa, o que se mostra imperiosa é a efetiva tutela desses direitos. A cada momento surgem novos direitos e, com eles, novos anseios. Para que o Direito não se torne inócuo faz-se necessário que ele acompanhe essa evolução consagrando os instrumentos necessários para suprir as novas demandas sociais.

⁷⁵ Ibid., p. 21.

⁷⁶ BOBBIO, 2004, p. 21.

⁷⁷ No mesmo sentido, PIOVESAN, 2007, p.110.

⁷⁸ BOBBIO, 2004, p. 23.

3 INTERNET E DIREITOS HUMANOS

Os seres humanos serão sempre capazes de encontrar argumentos a favor da confrontação e do não compromisso. Porém, nós, os seres humanos, somos capazes de razão, compaixão e mudança.

Nelson Mandela

3.1 Acesso à internet como um direito humano

O Direito, enquanto expressão dos anseios e demandas sociais não poderia deixar de lado o impacto causado pela internet na vida do homem moderno. Como bem salienta Norberto Bobbio ao tratar da multiplicação dos Direitos:

[...] os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica. Essa multiplicação (ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. É supérfluo

notar que, entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos de (onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos a (onde “a” indica o objeto).⁷⁹

A recente revolução desencadeada pela popularização da internet mostrou ao homem um novo ambiente no qual se desenvolvem as mais diversas interações sociais. Trata-se de um ambiente virtual desenvolvido e utilizado por pessoas reais. Mais do que um simples instrumento humano, a internet é hoje considerada um direito do homem moderno necessário à concretização de outros direitos humanos. Assim se posicionou a Organização das Nações Unidas por meio do Relatório sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão⁸⁰. Nos termos do Relatório, a internet é meio para exercício desses direitos e, assim sendo, encontra-se também tutelada pelo artigo 19 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, qual seja:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

⁷⁹ BOBBIO, Norberto., 2004, p.33.

⁸⁰ UNITED NATIONS.- **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue.** Disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso e, 11.out.2015.

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas⁸¹

Uma vez que, o parágrafo segundo do artigo supracitado estabelece que qualquer outro meio escolhido pela pessoa para a realização do direito à liberdade de expressão encontra-se igualmente protegido, a ONU declarou em seu Relatório que a internet seria então um direito humano que permitiria, ainda, a realização de outros direitos humanos. Esse entendimento coaduna-se com a premissa de que a eficácia plena de um direito humano depende também de outros direitos humanos. Carlos Weis, nesse sentido, leciona:

não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos estiverem sendo respeitados, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais (...) um certo direito não alcança eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos.⁸²

Mais do que reconhecer o acesso à internet como um direito, para a ONU o satisfatório exercício desse direito implica numa rígida política contra a restrição do acesso ao conteúdo disponibilizado no meio virtual. Faz-se essa ressalva pois considerando a abrangência global, a rapidez e o relativo anonimato como características singulares desse meio, a internet constitui um meio poderoso de disseminação de informações e de mobilização de pessoas contra os governos, por exemplo. Nesse caso em especial, constatou-se que em determinadas situações os governantes restringem o acesso para impedir movimentos que lhes sejam contrários. Essa violação de direito pode levar à violação de outros direitos humanos, tais como prisão arbitrária, tortura ou outra forma de tratamento ou punição cruel ou desumana. Além da restrição parcial, tem-se notícia também de

⁸¹ UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights**. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf> > Acesso em 23.dez.2015

⁸² WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.118.

países que cortam totalmente o acesso à internet quando constatadas atividades contra o governo.

Um dos países que gera preocupação nesse sentido é a China. Esta possui um dos mais sofisticados e abrangentes sistemas de controle de informação na internet. Por meio de seus sistemas, ela bloqueia o acesso à páginas na internet que resultem da busca de termos como 'democracia' e 'direitos humanos'. Para a ONU, tal conduta caracteriza uma grave violação dos direitos humanos, ainda mais quando praticado pelo próprio Estado que possui o dever de proteger os indivíduos de quaisquer violações a esses direitos. O acesso à internet é considerado meio de concretização de outros direitos humanos, tais como: liberdade de expressão, opinião e direito à educação, por isso, a sua interrupção ou restrição não deve ser tolerada muito menos implementada pelos Estados, salvo em situações específicas de segurança nacional. Mais do que a proteção do acesso à web, os Estados devem promover políticas públicas para garantir o seu acesso universal para que este não fique restrito apenas à elite.

Segundo o Relatório 2015 da Comissão de Banda Larga da ONU⁸³, enquanto países como Islândia, Noruega e Dinamarca contam com mais de 95% de sua população conectada, na Burundi, Somália e Timor-Leste menos de 2% da população possui acesso à internet. No Brasil, de acordo com o relatório, 57,6 % da população está conectada, embora muito mais do que na Somália, ainda está bem longe dos padrões de países como a Dinamarca.

O direito de acesso à internet como direito humano é novo mas não deve ser desprezado. Em apenas poucas décadas após a criação da internet, o serviço conta com bilhões de usuários ao redor do mundo, o que implica na necessidade de um eficaz sistema de regras e instrumentos que garantam a higidez e segurança do meio ambiente cibernético bem como de um efetivo combate aos cibercrimes.

⁸³ UNITED NATIONS. The broadband Commission for digital development. **The State of Broadband 2015. Genebra:** [s. n] Disponível em: < <http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2015.pdf>.> Acesso em 26.dez.2015.

3.2 Conselho da Europa: Convenção sobre Cibercrimes - Budapeste, 23.11.2001

Atualmente, o mundo conta com 3,2 bilhões de usuários da internet, ou seja, 43,4% da população mundial. Embora mais da metade da população ainda esteja desconectada não se pode dizer que a internet alcança um número inexpressivo de usuários. Cada dia mais se percebe a necessidade de uma efetiva tutela do direito de acesso à internet, em sua mais ampla compreensão. Não se trata apenas de garantir o acesso ao mundo virtual, mas, também, de garantir um meio hígido e seguro para os internautas.

A partir do momento em que bilhões de usuários se encontram conectados, o meio virtual se torna um ambiente de difícil controle. O relativo anonimato, sua característica abertura, sua extensão global e a velocidade do tráfego da informação tornam o ambiente favorável à prática de ilícitos, os chamados cibercrimes que não raro violam uma série de direitos fundamentais das vítimas.

A propagação desses crimes cibernéticos mostra-se uma tarefa difícil face ao constante avanço tecnológico. O seu combate depende de adequados instrumentos e estrutura para que pessoas altamente qualificadas possam reunir as condições necessárias para tanto. Por na maior parte das vezes não reunir essas condições, países subdesenvolvidos ou até mesmo em desenvolvimento o combate ao crime encontra ainda mais dificuldades que nos países desenvolvidos.

Um dos grandes obstáculos à apuração e responsabilização dos cibercrime é seu alcance transnacional. O cibercrime é, portanto, um problema global que não conhece fronteiras. A velocidade da propagação da informação bem como sua abrangência mostram o quão necessário é a existência de mecanismos adequados ao combate desse delito que cada vez mais atinge a população mundial.

No sistema atual, cada país deve tomar as medidas necessárias para que haja a criminalização das condutas, os procedimentos específicos, a jurisdição, a

cooperação internacional e a responsabilização dos provedores de serviço de internet.

No entanto, seria o atual sistema o mais eficaz para a repressão do cibercrime? Ora, se o *cibercrime* possui abrangência global não respeitando as tradicionais fronteiras geográficas, seria legislação nacional de cada país suficiente para coibir as condutas delitivas?

Por exemplo, um indivíduo na Austrália transfere arquivos para a rede contendo discurso de ódio e esses arquivos são 'baixados' por cidadãos de algum país a Europa. Posteriormente, aquele indivíduo ingressa num país Europeu e é detido por disseminar discursos de ódio no país em que desembarcou. Notem, o indivíduo não foi acusado ou punido em seu país e origem, mas sim em outro país, onde seu material ingressou pela rede sem que, contudo ele tivesse enviado diretamente. Casos como esses ilustram o quão complexos podem ser os cibercrimes.

Hodiernamente, organizações internacionais têm reunido esforços para garantir uma cooperação internacional eficaz a fim de minimizar eventuais divergências entre as legislações de cada país, facilitar a investigação, eventual responsabilização do agente criminoso, bem como para coibir a existência de paraísos para os crimes cibernéticos.

O direito ao acesso à internet assim considerado como um direito humano, submete-se às regras do vigente sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Até o momento, esse sistema conta com o sistema global ou universal (no âmbito das Nações Unidas), que é complementado por sistemas regionais, dos quais destacam-se: interamericano, europeu e africano. Esses complementares sistemas somam-se aos mecanismos nacionais de proteção dos direitos humanos de cada Estado-Parte. Essa composição visa garantir maior efetividade dos direitos tutelados ampliando-se, dessa forma, as possibilidades de prevenção, apuração e responsabilização dos delitos cometidos contra os direitos tutelados.

Tanto no sistema global ou universal (ONU) como nos sistemas regionais (Europeu, Interamericano, Africano) a tutela dos direitos humanos se dá por meio da responsabilização dos Estados-Parte perante as instâncias judiciais ou quase judiciais dos sistemas. Isso significa que, uma vez existente a recomendação em tratados e convenções internacionais para a criminalização e responsabilização dos autores de violações aos direitos humanos, o Estado responderá perante a ordem internacional caso não haja a devida apuração e punição do autor do delito, ou seja, caso o Estado seja omissivo, ele responderá internacionalmente por sua omissão.

Por se tratar de questão relativamente recente, fato é que a regulamentação para prevenção, apuração e condenação no âmbito dos cibercrimes ainda se encontra em evolução para melhor atendimento das demandas advindas dessa modalidade de delito.

Dentre os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em matéria de cibercrimes, destaca-se o Conselho Europeu e sua Convenção de Budapeste sobre Cibercrimes⁸⁴, de 23.11.2001. Inicialmente, 30 países assinaram a Convenção dentre os quais 4 países não-membros, quais sejam: Canadá, Estados Unidos, Japão e África do Sul. A Convenção entrou em vigor em 2004 após a ratificação de cinco países, tal como determinado pelo artigo 36, da Convenção. Até junho de 2014 a Convenção contava com 47 assinaturas e 42 ratificações.

O Brasil não é signatário da Convenção e, portanto, sua adesão depende de prévio convite por parte do Comitê de Ministros do Conselho da Europa e, para tanto, este depende de consentimento unânime dos Estados contratantes de Convenção (art. 37,§1, da Convenção).

Em atenção ao atual sistema que impera sobre os tratados e convenções internacionais, a Convenção estabelece que cada Estado-Parte seja responsável pela elaboração de leis internas que criminalizem as condutas tipificadas na Convenção. As condutas encontram-se distribuídas em 4 Títulos: i) infrações contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados

⁸⁴ COUNCIL OF EUROPE. **Convention on cybercrime.** <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561>> Acesso em 7.11.2015.

informáticos (Título I, arts. 2º a 6º): acesso intencional e ilegítimo à totalidade ou a parte de um sistema informático (art. 2º); interceptação intencional e ilegítima de dados informáticos (art. 3º); interferência de dados (art. 4º); interferência em sistemas (art. 5º); uso abusivo de dispositivos (art. 6º); ii) Infrações relacionadas com computadores (Título II, arts. 7º e 8º): falsidade informática (art. 7º); burla informática (art. 8º); iii) infrações relacionadas com o conteúdo (Título III, art. 9º): infrações relacionadas à pornografia infantil (art. 9º); iv) infrações relacionadas com a violação do direito do autor e direitos conexos (Título IV, art. 10º): infrações relacionadas com a violação de direitos autorais e direitos conexos (art.10).

Em 28.1.2003 foi assinado o 'Protocolo Adicional à Convenção sobre Cibercrimes relativo à criminalização de atos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos.'⁸⁵ Além da criminalização de condutas, a Convenção recomenda a adoção de alguns procedimentos específicos para o combate ao cibercrime (arts. 14 a 21), trata de alguns aspectos da jurisdição (art.22), estabelece princípios para a cooperação internacional (arts. 23 a 36).

Vale dizer, um dos grandes méritos da Convenção, além de criminalizar os delitos cometidos no ambiente virtual, é o aprimoramento da cooperação internacional para o combate ao cibercrime. Estabelece a Convenção em seu artigo 3º que:

Artigo 23.º Princípios gerais relativos à cooperação internacional - As Partes deverão cooperar o mais possível entre si para efeitos de investigação ou de procedimento relativos a infrações penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, ou para recolha de provas sob a forma eletrônica de uma infração penal, em conformidade com o disposto no presente capítulo, em aplicação dos instrumentos internacionais pertinentes sobre cooperação internacional em matéria penal, de acordos celebrados com base em legislação uniforme ou recíproca e dos respectivos Direitos internos.

⁸⁵ COUNCIL OF EUROPE. **Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems.** Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008160f.>> Acesso em 7.11.2015

O instrumento busca, assim, a padronização e a harmonia do tratamento legislativo dado à questão dos crimes cibernéticos entre os Estados. Todavia, embora estabeleça importantes diretrizes para o combate ao cibercrime, seja inovadora e fonte de inspiração para a elaboração de novos instrumentos legais, a Convenção de Budapeste possui um alcance e abrangência limitados, assim como os demais instrumentos internacionais.

Uma das razões dessa limitação de seu alcance é a dificuldade encontrada para fazer os Estados ao redor do mundo aderirem ao instrumento. A Convenção encontra-se aberta para a adesão dos países não Membros do Conselho Europeu que não tenham participado da sua elaboração⁸⁶, no entanto, como mencionado, o instrumento conta com apenas 47 assinaturas e 42 ratificações. Apesar de ser o instrumento internacional sobre o tema com o maior número de adesões, estas mostram-se aquém da expectativa se considerarmos que, de acordo com registros oficiais da ONU, esta conta com 193 Estados-Membros de um total de 196 países no mundo⁸⁷.

Além disso, nos atuais mecanismos de internacionais de responsabilização de crimes contra os direitos humanos, como mencionado, apenas recomendam aos Estados-Parte para que adotem todas medidas necessárias para que, em seu âmbito interno, atendam às determinações contidas nos tratados e convenções internacionais dos quais são signatários. E, por serem eles os signatários dos

⁸⁶ Artigo 37, da Convenção de Budapeste: Adesão à Convenção - 1 — Após a entrada em vigor da presente Convenção, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa pode, uma vez consultados os Estados Contratantes da Convenção e obtido o seu acordo, convidar qualquer Estado não membro do Conselho que não tenha participado na elaboração da Convenção a aderir à presente Convenção. A decisão deverá ser tomada pela maioria prevista na alínea d) do artigo 20.º do Estatuto do Conselho da Europa e por unanimidade de votos dos representantes dos Estados com assento no Comitê de Ministros. 2 — Para qualquer Estado que adira à presente Convenção nos termos do n.º 1 do presente artigo, a Convenção entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data do depósito do instrumento de adesão junto do Secretário - Geral do Conselho da Europa. Ministros do Conselho da Europa pode, uma vez consultados os Estados Contratantes da Convenção e obtido o seu acordo, convidar qualquer Estado não membro do Conselho que não tenha participado na elaboração da Convenção a aderir à presente Convenção. A decisão deverá ser tomada pela maioria prevista na alínea d) do artigo 20.º do Estatuto do Conselho da Europa e por unanimidade de votos dos representantes dos Estados com assento no Comitê de Ministros. 2 — Para qualquer Estado que aderir à presente Convenção nos termos do n.º 1 do presente artigo, a Convenção entra em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de três meses após a data do depósito do instrumento de adesão junto do Secretário -Geral do Conselho da Europa.

⁸⁷ Apenas 3 países no mundo não fazem parte da ONU, quais sejam: Taiwan, Kosovo e Vaticano. Informações disponíveis em <http://www.un.org/en/members/growth.shtml#text>

tratados, havendo descumprimento, é possível que ele se torne réu perante as instâncias internacionais. Nesse sentido, Flávia Piovesan esclarece:

As ações internacionais concretizam e refletem a dinâmica integrada do sistema de proteção dos direitos humanos, pela qual os atos internos do Estado estão sujeitos à supervisão e ao controle dos órgãos internacionais de proteção, quando a atuação do Estado se mostra omissa ou falha na tarefa de garantir esses mesmos direitos. (...) De acordo com o Direito Internacional, a responsabilidade pelas violações de direitos humanos é sempre da União, que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional. Nesse sentido, os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional.⁸⁸

Pois bem. A responsabilização do Estado pelas violações de direitos humanos ocorridas em seu território traz a concepção do Estado como grande violador desses direitos o que, até os dias atuais, não deixa de ser uma realidade.⁸⁹

⁸⁸PIOVESAN, 2013, p. 395

⁸⁹ Sobre a concepção do Estado como grande violador dos Direitos Humanos, bem como a evolução das dimensões desses direitos e o papel do Estado, Clémerson Merlin Clève explana: Inicialmente, a natureza dos direitos do homem se identificava com determinadas liberdades do indivíduo face e contra o Estado. Esta concepção é contemporânea de uma desconfiança em relação ao poder, compartilhada com o marxismo, mas que ao contrário deste, prega a limitação do Estado, entendendo-o como mal necessário. Ora, em países como os latino-americanos, onde a sociedade, ela mesma, é em muitos casos autoritária (e injusta), o poder do Estado, enquanto tal, pode-se revestir de um aspecto positivo. Esta colocação é contemporânea da intervenção do Estado no domínio do que antes se convencionou chamar de privado, a qual, alterando o quadro das suas funções tradicionais estabelecidas pela ideologia liberal, oferece as coordenadas para uma reelaboração dos direitos do homem. É o resultado, já, da afirmação de uma nova geração de direitos (greve, sindicalização, reunião, educação, etc.) e, mais do que nunca, de seu gozo reiterado. O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, etc.) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um tempo, liberdades e créditos do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado. Se as liberdades se manifestavam através de uma prestação prevalentemente negativa do poder público (abstenção do Estado), os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas tipificadas como direitos. A concepção dos direitos fundamentais como liberdades e créditos, além de manter implícita uma teoria de Estado (mais precisamente uma teoria do exercício do poder do Estado), identificada com o que hoje chamamos democracia, opera a fusão de duas noções até há pouco dissociadas: liberdade e capacidade. (...) Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a capacidade, complemento indispensável das liberdades no e contra o Estado. E estas, como numa cadeia contínua, são o terreno a partir do qual novas liberdades, ou seja, outras gerações de direitos serão possíveis. (...) Tudo se passa como se os direitos do homem fossem um espaço único. Mais do que isso, um espaço histórico, um processo, um caminho de invenção permanente, onde o que mais importa é o homem, cidadão e sujeito de seu tempo e lugar, em face do que um certo tipo de organização de poder (e não outro) não pode faltar” . CLÈVE,

Essa concepção surge com o novo paradigma que emerge ao final da Segunda Guerra Mundial segundo o qual a proteção dos direitos humanos importa à toda humanidade e não apenas ao âmbito interno de cada Estado. Essa constatação impulsionou a internacionalização desses direitos., tal como esclarece Flávia Piovesan:

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.⁹⁰

Entretanto, assim como o Pós-Segunda Guerra Mundial marcou um novo paradigma para os direitos humanos e a reconstrução destes após as atrocidades cometidas durante a guerra, ousamos dizer que a popularização e a rápida disseminação da internet e seus impactos à sociedade trouxeram um novo paradigma no que concerne a tutela internacional desses direitos.

Mais do que estimular a cooperação internacional entre os Estados para o combate ao cibercrime, mais do que responsabilizar os Estados omissos nessa tarefa, faz-se necessário um mecanismo que garanta a efetividade da tutela dos direitos humanos.

Assim como ocorreu após a Segunda Guerra, mais uma vez torna-se evidente que o tratamento doméstico dos delitos cometido no ambiente virtual não se mostra

Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p.125-127.

⁹⁰ Piovesan, 2013, p. 189.

adequado na medida em que o próprio delito desconhece os limites fronteiriços de cada Estado. O crime cometido na rede abala a comunidade internacional como um todo.

Para tanto, mostra-se imperiosa a responsabilização individual do agente do delito, independentemente da responsabilização do Estado por eventual omissão. Essa ótica, no entanto, foge à regra dos mecanismos internacionais existentes, razão pela qual tecemos algumas considerações sobre o tema a seguir.

3.3 A responsabilização individual do agente: origens e tribunais internacionais

A Paz de Vestfália (1648), considerada como embrião das Relações Internacionais, trouxe a noção de responsabilidade do Estado perante a ordem internacional, de modo que, ainda que se tratasse de delito cometido por um indivíduo, a responsabilidade seria do Estado. Sobre o tema, Celso Lafer aduz:

Esta lógica de Estados soberanos e independentes não atribuía peso a povos e indivíduos. Baseava-se nas relações de coexistência e conflito entre entes soberanos num sistema internacional de natureza intraestatal. Este sistema criou as normas de mútua abstenção do Direito Internacional Público tradicional. Estas, lastreadas na vontade soberana dos Estados, foram concebidas como normas da convivência possível entre soberanias que se guiavam pelas suas “razões de Estado”. Por isso não contemplavam qualquer ingerência

nas relações entre o Estado e as pessoas que estavam sob sua jurisdição.⁹¹

A lógica da Paz de Vestfália começou a mudar com o fim da Primeira Guerra Mundial, quando houve uma fracassada tentativa de se julgar o Kaiser Guilherme II pelos crimes cometidos enquanto chefe de Estado. Em atenção ao disposto no Artigo 227 do Tratado de Versalhes, seria criado um tribunal especial para o julgamento do Kaiser denunciado pelo aliados por "ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados"⁹². Esse tribunal especial "seria composto por cinco juízes (indicados pelos Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália e Japão), que julgariam ofensas à moralidade internacional e à inviolabilidade dos tratados."⁹³ A tentativa frustrou-se pois os Países Baixos, que asilavam o Kaiser, recusaram-se a extraditá-lo sob a justificativa de que ele estaria sendo acusado por razões políticas e não criminais. Apesar de não ter se concretizado, esse evento inaugura a responsabilização individual em âmbito internacional.

Posteriormente, os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial mostraram a necessidade de se buscar a responsabilização individual dos agentes autores dos crimes que exterminaram e escravizaram milhões de vidas humanas durante aludido período.

Foi então adotada a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948⁹⁴, a fim de prevenir e punir as atrocidades cometidas durante a II Guerra. Este foi o primeiro tratado internacional de tutela dos direitos humanos aprovado no âmbito da ONU. Essa Convenção definiu o crime de genocídio e, nos termos do artigo 6º, determinou a responsabilização daqueles que cometessem o delito:

⁹¹ LAFER, Celso. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**, in MAGNOLI, Demétrio, (organizador). **História da paz: os tratados que desenharam o planeta**. 2ª edição. São Paulo: Contexto, 2012, p.237.

⁹² CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil** . Brasília : FUNAG, 2012, p. 20.

⁹³ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional dos Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.278.

⁹⁴ UNITED NATIONS. **Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide**. Disponível em <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%2078/volume-78-I-1021-English.pdf>> Acesso em 12.12.2015.

Artigo 6.º As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros actos enumerados no artigo 3.º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição.

Os membros da recém-criada Organização das Nações Unidas mobilizaram-se e, como fruto dessa mobilização foi criado o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Leciona Flávia Piovesan que nos termos do artigo 6º do Acordo de Londres :

são crimes sob a jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) crimes de guerra (violações ao direito e ao direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir — mas não serem limitadas a — assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente se em violação ou não ao direito doméstico de determinado país em que foi perpetrado).⁹⁵

⁹⁵ PIOVESAN, 2013, p. 193 e 194

A Comissão de Direito Internacional da ONU, em 1950, aprovou sete princípios conhecidos com 'princípios de Nuremberg':

- 1º: Todo aquele que comete ato que consiste em crime internacional é passível de punição;
- 2º: lei nacional que não considera o ato crime é irrelevante;
- 3º: as imunidades locais são irrelevantes;
- 4º: a obediência às ordens superiores não são eximentes;
- 5º: todos os acusados têm direito ao devido processo legal;
- 6º: são crimes internacionais os julgados em Nuremberg;
- 7º: conluio para cometer tais atos é crime.⁹⁶

Além dos instrumentos que regulamentaram a instituição, estrutura e procedimentos do Tribunal de Nuremberg, em 1973, a Assembléia Geral da ONU elaborou a Resolução nº 3.074 (XXVIII) de 3 de dezembro de 1973 que estabelecia regras internacionais de cooperação na "detenção extradição e punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e determinou a persecução criminal no país da detenção do acusado ou sua extradição para países cujas leis permitam a punição (*aut dedere aut judicare*)."⁹⁷ Além disso, proibiu a concessão de asilo aos autores de crimes contra a humanidade assim como, para que não fossem criados empecilhos à concessão da extradição, a proibiu a caracterização desses delitos como crimes políticos.

Nos mesmos moldes do Tribunal de Nuremberg, em 19 de janeiro de 1946 foi criado o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente (*International Military Tribunal for the Far East*)⁹⁸, o Tribunal de Tóquio, para julgar e punir os criminosos do Império do Japão.

⁹⁶ RAMOS, 2013, p.291

Os princípios encontram-se também disponíveis em UNITED NATIONS. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal.** Disponível em < http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 14.set.2015.

⁹⁷ RAMOS, 2013, p.280.

⁹⁸ USA. **Charter of the international military tribunal for the far east.** Disponível em <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0020.pdf>>. Acesso em 10.nov.2015

Com o intuito de coibir a impunidade dos delitos, a Convenção sobre a inaplicabilidade das "regras técnicas de extinção de punibilidade", as denominadas *statutory limitations*, seguida pelo Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional⁹⁹, tratam da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Por sua vez, em 1993, a Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena¹⁰⁰, no item 60, tratou da punição dos indivíduos responsáveis por graves violações aos direitos humanos:

60. Os Estados deverão revogar a legislação que conduza à impunidade dos responsáveis por violações graves dos Direitos Humanos, tais como a tortura, devendo igualmente instaurar ações judiciais contra tais violações, fazendo assim prevalecer os princípios do Estado de Direito.

Dessa forma, a responsabilização individual internacional tornou-se uma realidade para abarcar a situações de graves violações aos direitos humanos, evitando-se, assim, a impunidade do agente que o modelo tradicional de responsabilização do Estado implicava.

Para Cançado Trindade, a partir do momento em que se passa a considerar, além da subjetividade não ativa (perante os tribunais penais internacionais), a subjetividade passiva (diante os tribunais penais internacionais) do indivíduo perante o Direito Internacional, vislumbra-se a consecução do ideal de justiça internacional¹⁰¹. Segundo o autor, "o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações. É ademais, dotado

⁹⁹ Artigo 29, do Estatuto de Roma: Imprescritibilidade - Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

¹⁰⁰ UNITED NATIONS. **Vienna Declaration and Programme of Action**. Disponível em <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em 26.set.2015.

¹⁰¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional** in Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

de caráter preventivo, combatendo a impunidade para evitar a repetição dos atos violatórios dos direitos humanos."¹⁰²

Com o fim da Guerra Fria, o advento dos Tribunais Internacionais corroboraram esse entendimento marcando uma nova etapa do Direito Internacional. Na década de 1990, foram criados pelo Conselho de Segurança os Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda (em 1993 e 1994 respectivamente).

O Tribunal da ex-Iugoslávia foi criado pelo Conselho de Segurança da ONU, em 25 de maio de 1993, por meio da Resolução n. 827, com o objetivo de se apurar graves violações aos direitos humanos cometidas desde 1991 no país. No total, 161 indivíduos foram indiciados, sendo que, até 31 de julho de 2015, 14 casos permaneciam sob em aberto (sendo 10 apelações e 4 em julgamento)¹⁰³. Já o Tribunal de Ruanda foi inspirado no da ex-Iugoslávia para apurar as violações cometidas durante a guerra civil que castigou o país. Até maio de 2012 haviam sido julgados 73 casos, dentre eles houve 10 absolvições. O Conselho de Segurança criou um Mecanismo Residual de Tribunais Internacionais Penais em 2010 para julgar os casos remanescentes dos Tribunais da ex-Iugoslávia e de Ruanda.

Sobre a importância dos Tribunais Internacionais *ad hoc*, André de Carvalho Ramos leciona:

Esses tribunais são importantes porque codificaram os elementos de crimes internacionais (como genocídio, crime contra a humanidade e crimes de guerra) associados ao devido processo legal, com direitos da defesa. Também adotaram o *princípio da primazia* da jurisdição internacional em detrimento da jurisdição nacional, dado o momento de desconfiança contra as instituições locais (da ex-Iugoslávia e de Ruanda). Assim, ficou determinado que cada um desses tribunais teria *primazia*

¹⁰² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 407.

¹⁰³ UNITED NATIONS. General Assembly Security Council. **Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the territory of the Former Yugoslavia since 1991**. [S. l.], 2015. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_2015_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, exigir oficialmente às jurisdições nacionais que abdicassem de exercer jurisdição em favor da Corte Internacional.¹⁰⁴

A criação dos Tribunais *ad hoc* tornou evidente a necessidade de um tribunal permanente que julgasse crimes cometidos após a sua criação e, dessa forma, não lhe impingisse o estigma de um tribunal *ad hoc* ou de tribunal de exceção.

E foi o que ocorreu logo depois. Durante a Conferência de Roma, em 17 de julho de 1998 foi aprovado o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional que representa um marco histórico no âmbito do Direito Internacional para tutela dos direitos humanos e um essencial mecanismo para dirimir as mais complexas questões da sociedade moderna, como se verá melhor a seguir.

A existência de múltiplos tribunais internacionais de direitos humanos consiste em um valioso mecanismos para efetiva concretização dos direitos humanos e fortalecimento da jurisdição internacional tão necessária nesse mundo globalizado em que vivemos, afinal, em que pese o grande aparato legislativo internacional existente, verifica-se, ainda, um abismo entre o ideal estabelecido nos instrumentos e a realidade experimentada pela humanidade. Nesse sentido, vale trazer à baila o pensamento de Cançado Trindade:

[...] Cada tribunal internacional tem sua importância, dependendo do domínio do Direito Internacional de que se trate. O que, em última análise, realmente importa, é a realização da justiça internacional, e não a busca estéril de protagonismos sem sentido. Não existe uma hierarquia entre tribunais internacionais, e cada um deles deve preocupar-se, antes de tudo, com a excelência de suas sentenças e não em tentar exercer ascendência sobre os demais.¹⁰⁵

¹⁰⁴ RAMOS, 2013, p.292.

¹⁰⁵ CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 37-68.

À luz do exposto, podemos sintetizar a evolução da responsabilidade criminal individual no direito internacional utilizando, para tanto, as lições de Hildebrando Accioly:

I – a responsabilidade criminal do indivíduo, por crimes tipificados segundo o direito internacional, desde Nuremberg, não mais pode ser contestada, na medida em que se tornou realidade, no direito internacional moderno: essa responsabilidade foi abundantemente ratificada pela comunidade internacional, tanto por numerosos julgamentos em tribunais nacionais como nos Tribunais internacionais *ad hoc*, criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, além do Estatuto de Roma, de 1998;

II – quando o indivíduo, que comete crime internacional, é agente do estado, não haverá penalização do estado, pelo direito internacional, mas as consequências penais, decorrentes da conduta criminosa, serão imputáveis ao seu autor;

III – na reparação de danos, a situação se inverte, ficando esta a cargo do estado: estas formas de responsabilidade civil indireta não precisam de prévia imputação da conduta ilícita, em relação ao estado; serão consequência, imposta pelo direito internacional, aos estados, em decorrência de atos de seus agentes.¹⁰⁶

A consagração da responsabilidade individual passiva do agente criminoso nos delitos especificados pelos instrumentos internacionais, é, antes de mais nada, uma conquista da humanidade. Como se viu, o mecanismo tradicional de responsabilização do Estado acarretava a impunidade do verdadeiro agente do delito. Assim, importante se faz o bom uso desse mecanismo em prol da chamada justiça internacional.

¹⁰⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1178.

3.4 O Tribunal Penal Internacional

3.4.1 Características gerais

Como mencionado, em 17 de julho de 1998 o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional. Ele restou aprovado mediante 120 votos a favor, 7 contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. Entrou em vigor em 1 de julho de 2002 quando foram atingidas as 60 ratificações necessárias. Até o momento, o instrumento conta com 123 ratificações, sendo 34 Estados Africanos, 19 Estados Asiáticos, 18 Estados do Leste Europeu, 27 Estados da América Latina e Caribe e 25 Estados da Europa Ocidental e outros.

Logo em seu primeiro artigo, o Estatuto estabelece o caráter permanente do Tribunal bem como a faculdade do Tribunal em exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional.

Sediado em Haia, Países Baixos, o Tribunal é composto pela a) Presidência; b) Câmaras; c) Procuradoria e d) Secretaria. A Presidência é responsável pela administração do Tribunal; as Câmaras são divididas em Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelações; a Promotoria é competente para receber as denúncias sobre crimes, examiná-las, investigá-las e propor a ação penal junto ao Tribunal e a Secretaria é encarregada dos assuntos não judiciais da administração do Tribunal.

O Tribunal é composto por 18 juízes eleitos pelos Estados-Partes, com mandatos de 9 anos sem possibilidade de reeleição. Os candidatos a "Juízes serão escolhidos entre indivíduos que gozem de alta consideração moral, imparcialidade e

integridade, e que possuam as condições exigidas para o exercício das mais altas funções judiciárias em seus respectivos países".¹⁰⁷

Os juízes deverão preencher duas listas: A e B. A primeira é composta por aqueles de "reconhecida competência em direito penal e direito processual penal e a necessária experiência em processos penais na qualidade de juiz, procurador, advogado ou outra função semelhante." Já a lista B é composta por aqueles com "reconhecida competência em matérias relevantes de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos, assim como a vasta experiência em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal."¹⁰⁸

Já o Ministério Público, chefiados pelo Procurador, atuam de forma independente e autônoma em relação ao Tribunal. Ele "poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal". O Procurador possui mandato de 9 anos não renováveis. A partir da criação do Tribunal, a persecução penal pode ser iniciada pelo Procurador, ainda que não haja interesse do Estado-Parte, o que constitui um grande avanço contra a impunidade dos grandes violadores dos direitos humanos.

Além disso, estabelece o princípio da complementaridade da jurisdição do Tribunais eis que sua atuação é complementar às jurisdições penais nacionais. Em outras palavras, o Estados possuem a competência primária, enquanto o Tribunal possui a competência secundária ou subsidiária. Esclarece André de Carvalho Ramos que:

[...] O TPI não exercerá sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já houver iniciado ou terminado investigação ou processo penal, salvo se este não tiver "capacidade" ou

¹⁰⁷ Artigo 36, do Estatuto de Roma.

¹⁰⁸ Artigo 36, parágrafo 5., do Estatuto de Roma.

"vontade" de realizar justiça. Nesse ponto, o próprio Estado-Parte pode solicitar a intervenção do TPI ou ainda o próprio TPI pode iniciar as investigações e persecuções criminais. Assim, a jurisdição internacional penal é *complementar* à jurisdição nacional e só poderá ser acionada se o Estado não possuir vontade ou capacidade para realizar justiça e impedir a impunidade."¹⁰⁹

Percebe-se, com isso, a preocupação de se garantir a investigação, julgamento e condenação dos responsáveis pelo cometimento dos graves delitos previstos no Estatuto afastando-se, assim, eventual impunidade.

3.4.2 Competência do Tribunal Penal Internacional

O artigo 5^a do Estatuto, determina que "a jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto" quais sejam: a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crimes de agressão.

3.4.2.1 Genocídio

¹⁰⁹ Prossegue o autor sobre a determinação da "vontade" ou "capacidade": "A fim de se determinar se há ou não *vontade* ou *capacidade* de um Estado em agir em determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, deve verificar a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: a) intenção evidente do Estado de usar o processo nacional para subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, gerando impunidade; b) delonga injustificada no processo; c) condução tendenciosa e parcial, ou seja, incompatível com a intenção de fazer justiça; d) eventual colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça, que, assim, não está em condições de realizar ou concluir o processo. RAMOS, 2013, p.297 e 298.

A Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, de 1948, reconhece em seu Preâmbulo o genocídio como crime de direito internacional que ao longo da história tem causado grandes perdas à humanidade.

Para Celso Lafer, o genocídio "antes de ser um delito que fere os direitos da minorias é um crime contra a humanidade e a ordem internacional. É um crime contra a humanidade e a ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano"¹¹⁰.

Considera-se genocídio, de acordo com o artigo 6º do Estatuto de Roma e artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948:

qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Percebe-se, dessa forma, que a tutela pretendida pelo Estatuto refere-se à preservação do grupo que, tal como mencionado por Lafer, figura como essencial à preservação da diversidade e pluralidade humanas. André de Carvalho Ramos¹¹¹, adverte que esses grupos são constituídos por 4 vínculos, quais sejam: i) vínculo da nacionalidade: grupos compostos por pessoas que se reconhecem como sendo de uma mesma nação; ii) vínculo étnico: há o compartilhamento de uma identidade histórica e cultura; iii) vínculo racial: "que aponta para grupo formado pela percepção

¹¹⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 183.

¹¹¹ RAMOS, , 2013, p.299.

social de traços fenotípicos distintivos (o autor alerta que esse vínculo poderia ter sido superado em razão da inexistência de distinção biológica entre os humanos, mas que permanece sendo fundamento para discriminação e destruição); iv) vínculo religioso: que une indivíduos com a mesma fé espiritual.

O Conselheiro Especial da ONU para a Prevenção ao Genocídio alerta que embora em algumas sociedades determinados grupos (nacionais, raciais, étnicos ou religiosos) acabem presos ao um conflito em relação a sua identidade, não são as diferenças em si existentes entre eles que causam o genocídio. Segundo o Conselheiro, "as grandes desigualdades associadas a essas diferenças em termos de acesso ao poder e recursos, serviços sociais, oportunidades de desenvolvimento e ao gozo dos direitos e liberdades fundamentais." Nesse cenário, a reação dos grupos desfavorecidos e a contra-reação dos grupos dominantes é que geram conflitos que podem acabar em genocídio. Acrescenta ainda que considerando que nenhum país é homogêneo, o genocídio constitui um "desafio verdadeiramente global".¹¹²

Desta feita, considerando a heterogeneidade das sociedades modernas no mundo, bem como o fato de que o crime de genocídio continuará nos assombrando por um indeterminado período de tempo, mostra-se imperioso que toda a humanidade reúna esforços a fim de coibir e prevenir qualquer tentativa de cometimento desse atroz delito.

¹¹² *In verbis: Genocide often occurs in societies in which different national, racial, ethnic or religious groups become locked in identity-related conflicts. However, it is not the differences in identity per se that generate conflict, but rather the gross inequalities associated with those differences in terms of access to power and resources, social services, development opportunities and the enjoyment of fundamental rights and freedoms. It is often the targeted group's reactions to these inequalities, and counter-reactions by the dominant group, that generate conflict that can escalate to genocide. Rwandan refugees near Goma, the Democratic Republic of the Congo, in the immediate aftermath of the Rwandan Genocide 26 July 1994, UN Photo /John Isaac Given that no country is perfectly homogeneous, genocide is a truly global challenge. Genocide may occur in times of peace, where groups are intentionally subject to long-term policies and practices affecting their ability to exist as an identity group, as well as in the context of both intra-State and inter-State conflicts. UNITED NATIONS. Office of The Special Adviser on The Prevention of Genocide. [Prevention of genocide]. Nova Iorque, 2011, p. 2 Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/osapg_booklet_eng.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2016.*

3.4.2.2 Crime contra a humanidade

A idéia de crime contra a humanidade nos remete ao ato constitutivo do Tribunal de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, criado para apurar a responsabilidade pelos crimes e atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra. O artigo 6º do instrumento dispõe que constitui crime contra a humanidade o assassinato, o extermínio, a escravização a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra ou perseguições políticas, raciais ou religiosas, na execução ou em conexão com qualquer crime da competência do Tribunal, quer tenham ou não constituído uma violação ao direito interno dos países onde foram perpetrados.¹¹³

Para Celso Lafer, o crime contra a humanidade, tipificado com o advento do Tribunal de Nuremberg, tinha com objetivo "identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado."¹¹⁴ A experiência do totalitarismo trouxe à

¹¹³ In verbis: Art. 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there

shall be individual responsibility:
 (a) ' Crimes against peace: ' namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;
 (b) ' War crimes: ' namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;
 (c) ' Crimes against humanity.- ' namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

¹¹⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 168 e 169.

humanidade uma nova demanda que não era abarcada pelos já reconhecidos crimes contra a paz e crimes de guerra¹¹⁵.

Por sua vez, nos termos do artigo 7º, do Estatuto de Roma, constitui crime contra a humanidade¹¹⁶:

qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional,

¹¹⁵ Os crimes de guerra e contra a paz já haviam sido previamente tipificados antes da Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido esclarece Celso Lafer: Existiam de fato não só

tratados que contestavam a legitimidade do recurso à guerra, seja como mecanismo de solução de controvérsias internacionais, seja como instrumento de política nacional — é o caso do Pacto de Paris ou Briand-Kellog, de 1928 — como também convenções que fixavam as leis e os costumes de guerra — é o *jus in bello*. O *jus in bello*, cuja codificação se inicia no século **xix**, tem como objeto a regulamentação jurídica da guerra e, portanto, do uso da força armada em conflitos internacionais. Apresenta duas vertentes: o Direito de Haia e o Direito de Genebra. Este se preocupa com a proteção do ser humano em período de conflito armado, merecendo destaque a convenção pioneira de Genebra de 1864, revista e ampliada em 1906 e 1929. Aquele ocupa-se dos direitos e deveres dos beligerantes e busca restringir e disciplinar a escolha dos meios de destruição, cabendo realçar as convenções da Primeira Conferência de Paz de Haia de 1889, revistas e ampliadas na Segunda Conferência de 1907.

¹¹⁶ Os elementos que compõem o delito encontram-se discriminados em documento próprio do Tribunal Penal Internacional. UNITED NATIONS. International Criminal Court. **Elements of crimes**. Haia, Holanda, 2011. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 jan 2016.

relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de *apartheid*;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.¹¹⁷

¹¹⁷ Prossegue o dispositivo conceituando os termos empregados na tipificação dos delitos: 2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de *apartheid*" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Além dos crimes contra a vida ou a integridade física, o Estatuto de Roma criminaliza também os regimes racistas como o *apartheid*. O rol de delitos considerados como crimes contra a humanidade é bastante extenso, entretanto, ainda é passível de ampliação na medida em que, em seu item k, estabelece que também serão considerados crimes contra a humanidade "outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental." Busca-se, dessa forma, garantir a mais ampla tutela possível para livrar a humanidade dos atos atroz e odiosos cometidos contra ela e, como bem assevera André de Carvalho Ramos, "fica revelada a face de proteção de direitos humanos dos crimes de *jus cogens*: busca-se, pelo efeito dissuasório e preventivo usar a ferramenta criminal para promover uma sociedade livre, justa e igualitária".¹¹⁸

Considerando a importância desse delito para o presente estudo, teceremos alguns comentários complementares adiante.

3.4.2.3 Crime de guerra

A tipificação do crime de guerra encontra suas origens em 1864 quando foi adotada a Primeira Convenção de Genebra¹¹⁹. Esta inaugura uma nova ordem denominada Direito Humanitário que, segundo Fábio Konder Comparato consiste no "conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito

¹¹⁸ RAMOS, 2013, p.302.

¹¹⁹ A Convenção de Genebra encontra suas origens em uma comissão formada por Henry Dunant, com o objetivo de "melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha" e, em 1880 transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha que é reconhecida mundialmente. Mais informações em <<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>> Acesso em 7.1.2016.

bélico. Trata-se da primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional."¹²⁰

Hoje são quatro Convenções de Genebra em vigor: a) a Segunda Convenção de Genebra, de 1907, estende os princípios e obrigações da primeira convenção aos conflitos marítimos; b) a Terceira Convenção de Genebra, de 1929, estende seus princípios e obrigações aos prisioneiros de guerra; c) a Quarta Convenção de Genebra, de 1949, leva em consideração a experiência vivida na Segunda Guerra Mundial. Em grande parte, da situação de civis durante a guerra. Essa Convenção também proibiu a utilização, durante a guerra, de gases asfixiantes ou tóxicos, bem como de armas bacteriológicas. Francisco Rezek bem sintetiza os objetivos das 4 Convenções:

Em linhas gerais, as convenções protegem (a) os soldados postos fora de combate porque feridos, enfermos ou náufragos, (b) os soldados reduzidos ao estatuto de prisioneiros de guerra, em caso de captura ou rendição, (c) todo o pessoal votado aos serviços de socorro, notadamente médicos e enfermeiros, mas também capelães, administradores e transportadores sanitários, e (d) os não combatentes, ou seja, os integrantes da população civil.¹²¹

Sobre os princípios que regem as Convenções, Rezek esclarece:

O sistema protetivo das Convenções de Genebra repousa sobre alguns princípios, como o da *neutralidade* (a assistência humanitária jamais pode ser vista como uma intromissão no conflito; em contrapartida, todas as categorias de pessoas protegidas devem abster-se, durante todo o tempo, de qualquer atitude hostil), o da *não discriminação* (o mecanismo protetivo não pode variar em função da raça, do sexo, da nacionalidade, da língua, da classe ou das opiniões políticas, filosóficas e religiosas das pessoas), e o da *responsabilidade* (o Estado preponente, e não o corpo de tropa, é responsável pela sorte

¹²⁰ COMPARATO, 2005, p.173

¹²¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público : curso elementar**. 13ª edição rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.422.

das categorias de pessoas protegidas e pela fiel execução das normas convencionais).¹²²

Três Protocolos emendaram a Quarta Convenção de Genebra: a) Protocolo I, adotado em 8.6.1977 e em vigor desde 7.12.1979, trata da proteção das vítimas de conflitos armados internacionais; b) Protocolo II, adotado em 8.6.1977 e em vigor desde 7.12.1979, cuida da proteção das vítimas de conflitos armados não internacionais (guerra civil); c) Protocolo III, adotado em 8.12.2005 e em vigor desde 14.1.2007 trata do uso de um novo emblema distintivo das Convenções de Genebra.

As Convenções de Genebra bem como seus Protocolos adicionais formam o chamado "Direito de Genebra" e contam com a ratificação de 194 países, o que lhe confere o status de abrangência global.

No Estatuto de Roma, o crime de guerra encontra-se insculpido no artigo 8º. Segundo esse dispositivo, considera-se crime de guerra:

- a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:
 - i) Homicídio doloso;
 - ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;
 - iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;
 - iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;
 - v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;
 - vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

¹²² Ibid., p.422.

- vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;
- viii) Tomada de reféns;
- b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:
 - i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;
 - ii) Dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares;
 - iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados;
 - iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa;
 - v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares;
 - vi) Matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido;
 - vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de trégua, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves;
 - viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;
 - ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à

beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde;

xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo;

xii) Declarar que não será dado quartel;

xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que tais destruições ou apreensões sejam imperativamente determinadas pelas necessidades da guerra;

xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

xv) Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra;

xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto;

xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas;

xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo;

xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;

xx) Utilizar armas, projéteis; materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projéteis, materiais e métodos de combate sejam objeto de uma proibição geral e estejam incluídos em um anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 123;

xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

- xxii) Cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do parágrafo 2º do artigo 7º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave às Convenções de Genebra;
 - xxiii) Utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares;
 - xxiv) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;
 - xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, inclusive, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra;
 - xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;
- c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:
- i) Atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura;
 - ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;
 - iii) A tomada de reféns;
 - iv) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.
- d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por

consequente, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante;

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

i) Dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como ao pessoal que esteja usando os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, em conformidade com o direito internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis;

iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares;

v) Saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto;

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

vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades;

viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas;

- ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante;
 - x) Declarar que não será dado quartel;
 - xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar nem sejam efetuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo;
 - xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam;
 - f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.
3. O disposto nas alíneas c) e e) do parágrafo 2º, em nada afetará a responsabilidade que incumbe a todo o Governo de manter e de restabelecer a ordem pública no Estado, e de defender a unidade e a integridade territorial do Estado por qualquer meio legítimo.

Assim como nos crimes de genocídio e contra a humanidade, o rol de delitos é exemplificativo. O que se pretende com a tipificação do delito é coibir abusos em épocas de guerra. Como bem ressalta Andre de Ramos Carvalho, "o Direito Internacional Humanitário proíbe os meios ou instrumentos de guerra que não sejam estritamente necessários para superar o oponente, nem como veda a conduta que não seja proporcional e dirigida ao combatente adversário."¹²³

¹²³ RAMOS, 2013, p.302.

3.4.2.4 Crime de agressão

O Estatuto de Roma, determina em seu artigo 5º, parágrafo 2º que:

O Tribunal exercerá jurisdição sobre o crime de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre tais crimes. Tal dispositivo será compatível com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Percebe-se que, no caso do crime de agressão, embora haja previsão expressa no Estatuto, sua eficácia restou postergada na medida em que aquele apenas menciona o crime sem defini-lo nem tampouco especificar as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição. De acordo com a redação do Estatuto, para definição do delito de agressão mostra-se imperiosa a observância de seus artigos 121 e 123, que tratam das 'alterações' e da 'revisão' do instrumento.

Assim, em atenção aos dispositivos supramencionados, em junho de 2010, em Kampala, Uganda, realizou-se a primeira Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, nos termos do artigo 123 do instrumento.

O maior mérito da Conferência de Revisão foi a definição do crime de agressão que se deu por meio da Resolução nº 6 de 11 de junho de 2010 que assim definiu o delito de agressão:

Artículo 8 - Crimen de agresión 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

- a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él;
- b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;
- c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado;
- d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;
- e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;
- f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;
- g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.¹²⁴

¹²⁴ UNITED NATIONS. Internatinal Criminal Court. **Resolución RC/Res.6*** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf> Acesso em 8.jan.2016

Em que pese tenham sido tomadas as medidas necessárias à aplicação das normas para o crime de agressão, estas apenas entrarão em vigor 1 (um) ano após a ratificação de 30 Estados-Partes. Até 13.11.2015, segundo relatório do Instituto Global para a Prevenção da Agressão (*Global Institute for the Prevention of Agression*)¹²⁵, apenas 24 Estados-Partes haviam ratificado as Emendas ao Estatuto de Roma razão pela qual, o crime de agressão ainda carece de legislação vigente para a sua aplicação.

3.5 Tribunal Penal Internacional como mecanismo de apuração da responsabilidade individual nos crimes cibernéticos

O Direito Digital emerge como uma necessidade decorrente da popularização e disseminação da internet ao redor do mundo. A comunicação em rede interliga bilhões de usuários, cada um hábil a inserir ou coletar dados e informações numa velocidade sem precedentes. Se por um lado ela permite a realização dos direitos humanos em escala global, por outro surgem demandas decorrentes desse novo ambiente virtual que podem acarretar em graves violações a esses mesmos direitos.

Isso se deve ao fato de que a violação de direitos humanos na web ganha uma dimensão muito maior do que se passava antes do advento da internet. A abrangência, velocidade e facilidade do acesso somados ao extraordinário número de indivíduos conectados tornam o cibercrime uma grande ameaça à comunidade internacional vez que, em questão de segundos, ele pode atingir toda a humanidade.

¹²⁵

Informações disponíveis em
<http://crimeofaggression.info/documents/1/Informe_de_Avances_sobre-ESP.pdf>. Acesso em
8.jan.2016

3.5.1 Casos Julian Assange e Edward Snowden

Dois casos emblemáticos bem ilustram as questões que pairam em nossa sociedade e que anseiam por respostas mais adequadas à essa nova realidade virtual. Eles demonstram a seriedade e urgência com que devem ser considerados e tratados os cibercrimes. Tratam-se dos casos Julian Assange e Edward Snowden. Vejamos:

Em 2006, Julian Assange, um ciberativista australiano, fundou o *Wikileaks* (www.wikileaks.org). Trata-se de um *website* sueco cuja especialidade consiste na análise e publicação de uma grande quantidade de dados oficiais censurados ou de alguma forma restritos envolvendo guerra, espionagem ou corrupção¹²⁶. Mais de dez milhões de arquivos já foram disponibilizados na rede causando grande comoção na comunidade internacional.

Em 2010, Assange estampou os noticiários do mundo inteiro ao divulgar no site arquivos secretos do governo dos Estados Unidos relacionados à Guerra do Afeganistão e à Guerra do Iraque. Os arquivos revelavam que nessas duas guerras haviam sido cometidas inúmeras violações aos direitos humanos. Os mais de 700 mil documentos publicados foram entregues ao *Wikileaks* por Bradley Manning, ex soldado que trabalhava como analista de inteligência em Bagdá, Iraque, em 2010.

Como resposta ao ato, a divulgação dos documentos pelo *site*, Manning foi preso pelo exército norte-americano que o indiciou por 22 acusações, sendo a mais grave a de 'conluio com o inimigo'. Manning foi absolvido dessa acusação mas condenado a 35 anos de prisão pelas outras 20 acusações feitas, Em Março de 2012 a ONU pronunciou-se sobre o caso considerando que as condições da prisão de Manning eram abusivas e violavam seus direitos humanos. Juan E. Mendez, relator da ONU, concluiu que "a imposição de condições seriamente punitivas de detenção em alguém que não foi considerado culpado de crime algum é uma

¹²⁶ Informações disponíveis em <<https://wikileaks.org/What-is-Wikileaks.html>>. Acesso em 9.jan.2016.

violação ao seu direito à integridade física e psicológica, bem como de sua presunção de inocência."¹²⁷

Manning foi considerado um traidor dos EUA e foi e continua sendo duramente tratado e punido pelo governo dos Estados Unidos. Por outro lado, os EUA não demonstraram a mesma eficiência ou vontade para apurar as denúncias contidas nos documentos divulgados que apontavam para sérias violações aos direitos humanos e às leis de direito humanitário. Para a Anistia Internacional, há uma urgente necessidade de os EUA fortalecerem as proteções destinadas "àqueles que revelassem informações que o público tivesse a necessidade ou o direito de saber".¹²⁸

O duro tratamento dispensado a Manning serviu de alerta a Assange que, em meio a duvidosas denúncias suecas de supostos estupros, investigações em decorrência do *site Wikileaks* bem como a fúria estadunidense para que ele fosse julgado em território americano fizeram com que Assange buscasse asilo na embaixada do Equador em Londres, onde permanece em tempo integral desde junho de 2012. Assange teme por sua vida ou por ser imediatamente preso e extraditado aos EUA pelas autoridades britânicas caso deixe o prédio da embaixada.

Outro caso emblemático é de Edward Snowden. Este norte-americano trabalhou como engenheiro de sistemas de computador na CIA e, posteriormente, na Agência de Segurança Nacional (NSA - *National Security Agency*). Em 5 de junho de 2013, o jornal britânico *The Guardian* revelou que havia uma ordem da justiça norte-americana determinando que a empresa de telefonia *Verizon* disponibilizasse informações (dados pessoais, números chamados, duração da chamada) de todos os seus clientes do período de abril a julho de 2013. Snowden tornou público que a NSA coletava informações de milhões de americanos todos os dias, acessava seus

¹²⁷ Análise realizada pelo Relatório do Relator Especial da ONU para a tortura e outro tratamento ou punição cruéis, desumanos ou degradantes. UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez.** [S. l.].2012. Disponível em < http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2012/03/12/A_HRC_19_61_Add.4_EFOnly-2.pdf>. Acesso em 29.dez.2015.

¹²⁸ Informações disponíveis em <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2013/08/usa-commute-bradley-manning-s-sentence-and-investigate-abuses-he-exposed/>>. Acesso em 9.out.2015.

e-mails, fotos, videoconferências de internautas que utilizavam serviços como Google, Facebook, e Skype. Três dias após a primeira reportagem, Edward Snowden revelou-se como sendo a fonte das informações que estampavam os noticiários de todo o mundo.

Dia após dia foram sendo divulgadas notícias que mostravam a dimensão da espionagem e vigilância em massa realizadas pela agência norte-americana. Logo foi noticiado que as violações não se limitavam aos cidadãos americanos, mas atingiam todo o mundo, inclusive chefes de Estado como Angela Merkel, François Holland e Dilma Rouseff, em total afronta aos direitos humanos, em especial, ao direito de privacidade.

Por ter divulgado ao público mundial informações secretas, os Estados Unidos agora o acusam de violação da Lei de Espionagem (*Espionage Act*) e roubo de propriedade do governo, puníveis com até 30 anos de prisão. Em 20 de maio, antes da publicação das reportagens, Snowden deixou o Havaí em direção a Hong Kong. Em junho o governo dos Estados Unidos pediu a extradição de Snowden em respeito ao tratado de extradição em vigor desde 1998. Em 23 do mesmo mês, Snowden partiu de Hong Kong em direção à Rússia¹²⁹, entretanto, como o governo americano havia revogado seu passaporte, ele ficou detido na área de trânsito do aeroporto de Moscou, pois não tinha documentos para entrada no país. Snowden permanece na Rússia (mediante a concessão de um visto de residente de 3 anos) até que ele consiga negociar seu retorno aos Estados Unidos.

Pois bem. O que ambos os casos, Julian Assange e Edward Snowden, têm especialmente em comum é o fato de divulgarem informações governamentais sigilosas relatando gravíssimas violações aos direitos humanos. Pela divulgação dos documentos, agora são considerados criminosos e se encontram na condição de

¹²⁹ Vale dizer, a viagem de Snowden de Hong Kong à Rússia contou com a colaboração do Wikileaks, que enviou Sarah Harrison, da equipe de defesa legal de Julian Assange, para lhe auxiliar. Enquanto Snowden esteve preso na área de trânsito do aeroporto, Sarah trabalhava para conseguir asilo na Rússia. Julian Assange, inclusive orientou Snowden a não pedir asilo nos países da América Latina, pois ele correria o risco de ser raptado e assassinado a mando da CIA. Segundo Assange, a Rússia seria um país seguro, sem influência da CIA. Mais informações disponíveis em <<http://www.theguardian.com/media/2015/aug/29/julian-assange-told-edward-snowdon-not-seek-asylum-in-latin-america>> Acesso em 10.jan.2015.

foragidos, asilados ou 'refugiados' sob a proteção de Estados que não os recriminam e nem se submetem à vontade dos EUA.

Nesse cenário, pergunta-se: deveriam eles ser extraditados, processados e julgados tal como pretendido pelos Estados Unidos? Qual ilícito eles cometeram? Poder-se-ia alegar que agiram em prol do interesse público e, nesse caso, do interesse mundial? Quem detém a competência para investigar, processar e julgar essas demandas? O Estado denunciado seria a jurisdição mais adequada? E a imparcialidade e isenção desse Estado? E a responsabilidade daqueles que praticaram os atos denunciados por Assange e Snowden? A jurisdição internacional tem cumprido suas funções? Os dois casos supramencionados suscitam uma série de questões que nos mostram o quanto ainda há que se evoluir em se tratando da tutela de direitos humanos no ciberespaço

3.5.2 Tribunal Penal Internacional: cibercrime como crime contra a humanidade

Pelos casos supramencionado, assim como por tantos outros casos que cada dia mais despontam ao redor do mundo, mostra-se imperiosa uma jurisdição que verdadeiramente atenda às demandas dessas novas situações fruto da evolução tecnológica.

Uma vez cometidos, os cibercrimes podem acarretar na violação de uma série de direitos humanos, vitimizar bilhões de pessoas que podem estar localizadas em diversos Estados ao redor do planeta. Verifica-se, assim, a característica global do delito.

Uma vez compreendido na esfera internacional, esse delito necessita de um tratamento adequado a essa realidade, pois restringí-lo à competência nacional de cada Estado certamente implicará, em muitos casos, na impunidade do agente, seja pela ausência de expertise ou condições técnicas do Estado, seja pela dificuldade

para se realizar a investigação, a instrução e até mesmo a execução das sentenças condenatórias face a internacionalidade do delito.

Por essas razões, voltamos nossas atenções aos sistemas de tutela dos direitos humanos em âmbito internacional. Os principais sistemas de tutela dos direitos humanos no plano internacional, tanto global como regional, possuem, via de regra, o Estado como réu. A responsabilização individual do agente perante a ordem internacional ainda é restrita a poucas situações e de competência de apenas algumas Cortes Internacionais

Os existentes mecanismos internacionais de cooperação entre Estados não se mostram adequados ou suficientes. A burocracia e a lentidão decorrentes dessa relação entre Estados distintos podem retardar ou até mesmo impossibilitar a investigação ou julgamento dos delitos.

Somam-se a elas, a questão da isenção e da imparcialidade que, ausentes, podem comprometer o resultado pretendido., afinal, os Estados podem abrigar interesses distintos e até mesmo contrários ao interesse da comunidade internacional em geral.

Nos casos Assange e Snowden, por exemplo, os interesses dos Estados Unidos coadunariam-se com os interesses mundiais? Ou estariam eles apenas preocupados em 'punir' de forma exemplar os transgressores para evitar novas divulgações de seus segredos? E os responsáveis pelos supostos crimes cometidos durante a guerra e pelos sistemas de vigilância em massa, seriam eles investigados e punidos com a mesma severidade dispensada a Assange e Snowden? No caso dos EUA, haja vista a condução dos casos em questão, pode-se dizer que há uma maior tendência do interesse nacional prevalecer sobre o interesse da comunidade internacional. Frise-, por exemplo, o fato de que, para não sofrer intervenção internacional, os EUA sequer são EUA signatários do Estatuto de Roma¹³⁰, ou seja, não se submetem à jurisdição do TPI nos casos de crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade ou agressão.

¹³⁰ Informação disponível em <https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx> Acesso em 11.dez.2015.

Outro obstáculo ao sistema de cooperação internacional consiste no fato de cada Estado ser responsável pela elaboração de sua legislação nacional sobre os cibercrimes, o que resulta na falta de uniformidade entre o tratamento legal dispensado por cada Estado. Essa disparidade entre as legislações nacionais poderia também prejudicar o bom andamento da investigação e persecução para responsabilização individual nesses delitos.

O ideal é, portanto, uma jurisdição verdadeiramente global. Haveria, no entanto, um mecanismo capaz de atender às especificidades e complexidades dos crimes cibernéticos garantindo um resultado satisfatório às demandas nos dias atuais,?

A resposta é afirmativa: o Tribunal Penal Internacional! Como visto anteriormente, o TPI atua como um órgão jurisdicional internacional e independente no âmbito da ONU, 'com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional'¹³¹, quais sejam: genocídio, crimes de guerra, agressão e crimes contra a humanidade.

A proposta do presente estudo consiste em incluir os crimes cibernéticos na esfera de competência do Tribunal Penal Internacional para que estes delitos sejam tratados em âmbito internacional global e não fiquem restritos à jurisdição nacional de cada Estado ou, ainda, que dependam de acordos de cooperação entre Estados.

Como vimos, os crimes cibernéticos ignoram as fronteiras e, a partir do momento em que são cometidos, face à sua velocidade de disseminação, podem rapidamente atingir bilhões de usuários. Trata-se, portanto, de uma perigosa arma de violação de direitos humanos em massa. Há que se criar um instrumento hábil a coibir a prática desses delitos bem como para permitir a responsabilização individual dos agentes transgressores.

Por suas características essenciais, identificamos os crimes cibernéticos como crimes contra a humanidade, inserindo-se, assim, dentro da esfera de competência do TPI.

¹³¹ Artigo 1º do Estatuto de Roma.

Ao longo da história, o conceito de crime contra a humanidade foi ganhando contornos diferentes de modo a melhor adequar-se à realidade e aos anseios sociais. Os crimes contra a humanidade surgem formalmente na Declaração de 24.5.1915, feita pelos governos da França, Grã-Bretanha e Rússia e direcionada aos massacres realizados pela Turquia contra a minoria armênia.

Na presença desses novos crimes da Turquia contra a humanidade e civilização, os Governos Aliados publicamente informam a Sublime Porte que eles irão considerar pessoalmente responsáveis pelos citados crimes todos os membros do Governo Otomano assim como seus agentes que se encontrarem envolvidos no massacre.¹³²

No caso do massacre turco, a grande questão que pairava sobre as perseguições era se, independente de serem ou não consideradas atrocidades, seria essa uma questão de direito internacional vez que os atos foram cometidos por um governo soberano contra sua própria população civil. Em 1919, quando do término da I Guerra Mundial, foi criada a Comissão sobre as responsabilidades dos autores da Guerra e sobre as execuções das penas¹³³ durante a Conferência Preliminar de Paz. Nessa concepção originária os chamados crimes contra as leis da humanidade eram uma extensão dos "crimes de guerra" definidos pela Convenção de Haia de 1907 e seus anexos¹³⁴. A Comissão estabelecia uma "variedade de crimes de guerra, já reconhecidas pelos propósitos das perseguições penais, que foram acordadas pela Itália e pelo Japão, e ao menos, tacitamente aceita sem objeções pela Alemanha. Esses crimes abordaram os meios e métodos

¹³² SHELTON, Dinah L. (Editor in Chief). **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity. (vol. 1)**. Estados Unidos da América: Thomson Gale, 2005, p. 210. (tradução livre)

¹³³ PARIS. Preliminary Peace Conference - **Commission on the Responsibility of the authorsof the war and on enforcement of penalties. 1919**. Disponível em <<https://ia600406.us.archive.org/20/items/violationoflawsc00pariuoft/violationoflawsc00pariuoft.pdf>> Acesso em 10.jan.2015

¹³⁴ SHELTON, Dinah L. (Ed.). **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Estados Unidos: Thomson Gale, 2005. v. 1., p.. 475.

de condução da guerra, e vários atos de perseguição cometidos contra civis em territórios ocupados.¹³⁵

A relação de ofensas esboçadas pela Comissão serviram de base para que a Comissão sobre crimes de Guerra da ONU, em 1943, preparasse os fundamentos para as persecuções pós-guerra de modo que, após a Segunda Guerra Mundial, foi editada a Carta de Londres, de 8 de agosto de 1945, que criou o Tribunal de Nuremberg, para apurar a responsabilidade pelos crimes e atrocidades cometidas durante a guerra.

A Carta estabeleceu que o crime contra a humanidade era um crime internacional, inclusive quando cometido por um governo soberano contra sua população civil, como questionado no julgamento dos responsáveis pelo massacre turco-otomano.

Os horrores e atrocidades cometidos durante a II Guerra eram inimagináveis até esse momento, razão pela qual, nenhuma lei poderia ter antecipado o imprevisível. Para fazer frente à essa escabrosa realidade, o Tribunal de Nuremberg, em sua competência, acabou por ampliar a noção de crime contra a humanidade. Trata-se da primeira definição formal desse delito no Direito Internacional.

A Carta de Londres, que criou o Tribunal, em seu artigo 6º, dispõe que constitui crime contra a humanidade o assassinato, o extermínio, a escravização a deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra ou perseguições políticas, raciais ou religiosas, na execução ou em conexão com qualquer crime da competência do Tribunal, quer tenham ou não constituído uma violação ao direito interno dos países onde foram perpetrados.¹³⁶

¹³⁵ Ibid., p. 211.

¹³⁶ In verbis: Art. 6. The Tribunal established by the Agreement referred to in Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: (a) ' Crimes against peace: ' namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the

Aludida definição insculpida pelo artigo 6º supra é uma evolução do conceito das "leis da humanidade" consagradas no Preâmbulo da Convenção de Haia¹³⁷, de 1907, reforçado pelo Tratado de Versalhes¹³⁸, pelo a Comissão sobre as responsabilidades dos autores da Guerra e sobre as execuções das penas da Conferência de Paris sobre a Paz, de 1919 e pelas persecuções Pós-Primeira Guerra Mundial¹³⁹. Ela distingue o crime contra a humanidade dos demais crimes de guerra que segundo "as leis da humanidade" (*laws of humanity*) estariam diretamente ligadas aos períodos de guerra. A partir da Carta de Londres, o crime contra a humanidade poderia ou não estar relacionado ao período de guerra, ampliando, dessa forma, sua antiga concepção.

Posteriormente, em 1994, o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ruanda, criado pelo Conselho de Segurança da ONU, no artigo 3º de seu Estatuto¹⁴⁰ insculpiu uma nova definição para os crimes contra a humanidade:

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda tem competência para processar pessoas responsáveis pelos seguintes crimes quando cometidos como parte de um

foregoing; (b) ' War crimes: ' namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity; (c) ' Crimes against humanity.- ' namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated. Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

¹³⁷ ICRC. **Hague Convention, 1907.** Disponível em <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=BD48EA8AD56596A3C12563CD0051653F>. Acesso em 15.10.2015.

¹³⁸ LEAGUE OF NATIONS. **Treaty of Versailles, 1919.** Disponível em <<http://avalon.law.yale.edu/imt/parti.asp>>. Acesso em 15.out.2015.

¹³⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application.** USA: Cambridge University, 2011, p.726.

¹⁴⁰ UNITED NATIONS - **Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons esponsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbourin.** Disponível em <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>>. Acesso em 10.nov.2015

ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil por motivos: nacional, político, étnico, racial ou religioso: a) homicídio doloso; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação; e) prisão; f) tortura; g) violação; h) a perseguição por motivos políticos, raciais e religiosos; i) outros atos desumanos.

Nos termos do dispositivo acima citado, deve haver um motivo discriminatório para que haja crime e, além disso, este deve fazer parte de um ataque sistemático e generalizado. Houve, portanto, a inclusão de uma nova característica ao crime contra humanidade.

Em que pesem os avanços promovidos pela criação de um tribunal internacional que impediu a impunidade dos responsáveis pelas atrocidades cometidas durante a guerra, a experiência internacional, cada vez mais percebia a necessidade da criação de um Tribunal Internacional permanente. O estigma dos tribunais *ad hoc* como de Nuremberg, de Ruanda ou da ex-Iugoslávia, apesar de contribuírem para a concretização e tutela dos direitos humanos, ainda carregavam o estigma de serem tribunais *ad hoc* e, por essa razão, eram duramente criticados por parte da comunidade internacional.

Com o advento do Tribunal Penal Internacional, o conceito do crime contra a humanidade foi novamente alterado e, agora como competência de um tribunal internacional permanente, melhor definiu os seus contornos. Assim, nos termos do artigo 7º, do Estatuto de Roma, constitui crime contra a humanidade¹⁴¹:

qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

¹⁴¹ Os elementos que compõem o delito encontram-se discriminados em documento próprio do Tribunal Penal Internacional. ICC. **Elements of crimes**. Hague. 2011. Disponível em <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em 7.jan.2016.

- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.¹⁴²

¹⁴² Prossegue o dispositivo conceituando os termos empregados na tipificação dos delitos: 2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

Na atual acepção do crime contra a humanidade, assim como na definição do Estatuto do Tribunal de Ruanda, não há mais a imperatividade de que o ato consista em uma política pública cometida por agentes estatais, em seu lugar, deve-se tratar de um ataque generalizado e sistemático cometido contra qualquer população civil; foram incluídos outros delitos como os crimes de violência sexual, *apartheid* e desaparecimento forçado. Tal como nos crimes de genocídio e de guerra, alínea 'k' do dispositivo retro possibilita inclusão de outros delitos que consistam em crime contra a humanidade;

Percebe-se, portanto, a preocupação do legislador com a dinâmica do Direito. Ao permitir a inclusão de novos tipos penais, o legislador levou em consideração a necessidade de evolução e atualização do Direito e, em especial, do Tribunal para que este seja capaz de acompanhar as futuras demandas sociais. Talvez a experiência da II Guerra Mundial tenha mostrado a importância de se estar preparado para uma nova situação vez que a mente humana não possui limites e é capaz de cometer as atrocidades inimagináveis em nome de um objetivo, ainda que sórdido e imoral.

Para a tutela dos direitos humanos no âmbito do Direito Internacional, assim como no âmbito interno de cada Estado, notamos a urgência de uma eficaz atualização e adequação de seus instrumentos para atender às demandas de uma sociedade em rede, globalizada. Nesse caso, a inclusão dos cibercrimes como crime contra a humanidade representaria uma adequação e, ao mesmo tempo, uma evolução na jurisdição do TPI e, conseqüentemente do Direito Internacional. M.

h) Por "crime de *apartheid*" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Cherif Bassiouni¹⁴³, entende que o Direito Internacional "desenvolve-se gradualmente, com base na prática dos estados, tratados, e outras fontes de direito e com base nas necessidades da comunidade internacional à luz de novas ou emergentes ameaças à paz e a segurança e valores humanos fundamentais."

Assim, entendemos ser imperiosa a atualização do conceito de crime contra a humanidade. Vivemos em uma época de grandes transformações. Recentes revoluções sociais marcaram os últimos anos e, infelizmente, a luta contra os governos tiranos e arbitrários continua tirando milhares de vidas; homens, mulheres, crianças e idosos morrem e são submetidos à condições desumanas em total afronta aos direitos declarados universais.

Vivemos um mundo de ameaças do terrorismo, dos aparatos militares cada vez mais poderosos e da invasão da privacidade por meio de sistemas complexos sistemas de vigilância. Ao mesmo tempo em que a internet conduz à concretização de direitos humanos como a liberdade de expressão, opinião e educação, não se pode negar que ela configura também uma poderosa ferramenta para a disseminação da violência, do ódio, do medo, do terror, da guerra, da violação de inúmeros direitos fundamentais do homem por meio de suas mídias digitais, representando, dessa forma, uma 'ameaça à paz, segurança e valores humanos fundamentais', tal como mencionado por Bassiouni.

Considerando o acesso à internet como um direito humano, certo é que a preservação da higidez, segurança, paz e dos valores humanos fundamentais no ambiente virtual consistem condições essenciais para que a rede alcance seus objetivos. A violação dessas condições constitui verdadeiro crime contra a humanidade que deve ser prevenido e coibido.

Casos como os de Julian Assange e Edward Snowden trazem à lume a ineficiência dos atuais sistemas internacionais para persecução dos cibercrimes. Snowden, por exemplo, revelou ao mundo que a superpotência norte-americana violou sigilosamente o direito fundamental da privacidade de milhões pessoas, espionando, indiscriminadamente, cidadãos ou não cidadãos norte-americanos.

¹⁴³ BASSIOUNI, 2011, p. 728.

Como se não bastasse, os EUA estenderam sua atuação também aos chefes de Estado e pessoas ligadas aos governos de diversos países sem que houvesse qualquer justificativa para tanto.

As revelações de Snowden serviram para alertar o mundo sobre a questão da privacidade da *web*, impulsionando, inclusive a criação de novos aparatos legislativos para coibir a prática da espionagem em massa, tal como realizada pelos EUA onde foi promulgada a Lei da Liberdade dos EUA (*USA Freedom Act of 2015*)¹⁴⁴ em 2 de junho de 2015. Ela é considerada um marco histórico vez que pôs fim à coleta em massa de registros telefônicos de cidadãos americanos e não americanos que era realizada pela NSA desde 2001, após os ataques terroristas de 11 de setembro. Apesar de inaugurar uma nova fase na tutela dos direitos humanos na internet, fato é que ainda há muito que se fazer. Mencionada norma apenas restringe a vigilância em massa dos dados telefônicos; o acesso aos e-mails restou 'esquecido' e, portanto, mantido pela Lei da Liberdade¹⁴⁵.

Enquanto suas revelações foram reconhecidas pela comunidade mundial como um alerta e abuso por parte do governo dos EUA, Edward Snowden continua sendo considerado um traidor pelo governo dos EUA; permanece na condição de foragido, tolhido em um dos direitos humanos mais valiosos: sua liberdade de ir e vir. Pergunta-se, seria a jurisdição estadunidense capaz de buscar uma solução justa ao caso? E a questão da violação da privacidade de milhões de pessoas por parte da NSA, seria também analisada buscando-se os agentes responsáveis por ela? Em relação aos outros Estados afetados por essa vigilância constante e invasiva, como

¹⁴⁴ USA. **USA Freedom Act of 2015** Disponível em <<https://www.congress.gov/114/plaws/publ23/PLAW-114publ23.pdf>.> Acesso em 12.jan..2015.

¹⁴⁵ Sobre o tema, esclarece Antony D. Romero que: " Há duas leis que permanecem em vigor, que permitem este tipo de vigilância em massa de e-mails – a Seção 702 da Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (Foreign Intelligence Surveillance – FISA, no original), de 1978 e a Ordem Executiva 12333, de 1981. Elas são ainda mais invasivas do que a Seção 215 da Lei Patriota (Patriot Act, no original), que chega ao fim com a Lei da Liberdade dos EUA. A Seção 215 gravou metadados – listas de registros dos telefonemas recebidos e feitos – mas não o conteúdo de áudio das chamadas telefônicas em si. Em contrapartida, estes dois dispositivos similares permitem coletar conteúdo de comunicações reais – incluindo e-mails, mensagens instantâneas e mensagens em mídias sociais – sem mandados individuais."

ROMERO, Antony D. **Vigilância em massa de E-mails: A próxima batalha** . in **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 12, n. . Agosto 2015. Disponível em <http://sur.conectas.org/edicao-21/proxima-batalha-um-movimento-de-direitos-humanos-pela-internet/>. Acesso em 10.1.2016.

será tratada a situação? O que se verifica é que até o momento nada restou resolvido, apenas verificamos a mobilização de alguns Estados e organismos internacionais para um melhor tratamento da questão da segurança e privacidade dos dados que trafegam pela rede¹⁴⁶.

Uma nova concepção do crime contra a humanidade que consagre os cibercrimes constitui uma evolução e adequação da legislação internacional à realidade existente. Nesse sentido, os princípios, costumes e a jurisprudência seriam os meios para a implementação imediata dessa nova concepção. Assim como os legisladores não puderam prever os horrores cometidos pelo ser humano durante o nazismo, a constante e incansável evolução tecnológica nos impede de antecipar as situações em que direitos humanos serão violados no meio cibernético. A cada novo caso será necessária uma nova análise e, nessas situações em que a estrita legalidade não se mostra possível, os princípios, a jurisprudência e os costumes emergem como verdadeiras fontes de direito.

Nesse sentido, ao ser designado para participar da criação do Tribunal Penal Militar de Nuremberg, Robert H. Jackson, em relatório ao Presidente dos EUA, em 6 de junho de 1945, enfatizou a dinâmica do Direito Internacional ao defender a criação do Tribunal para fazer frente às atrocidades da II Guerra

Direito Internacional é mais do que uma coleção acadêmica de princípios abstratos e imutáveis. É uma consequência de tratados ou acordos entre as nações e dos costumes aceitos. Mas cada costume tem sua origem em algum ato único, e todo acordo tem que ser iniciado pela ação de algum estado. A menos que estejamos dispostos a abandonar todos os princípios de

¹⁴⁶ Em recente decisão do Tribunal de Justiça da União Européia, o acordo *Safe Harbour* foi considerado inválido. Nos termos desse acordo, milhares de empresa (dentre elas o Google, o Facebook, a Apple e a Amazon) enviem os dados pessoais de seus clientes e usuários da União Européia para os EUA. O tribunal considerou que o acordo não assegura um "nível de proteção adequado dos dados pessoais transferidos". Vale dizer, a decisão é resultado de uma queixa formulada por um cidadão austríaco, Maximilian Schrems. Ele alegou que os dados transferidos de uma filial irlandesa do Facebook para os servidores nos EUA não oferecem a segurança à privacidade dos dados, haja vista as revelações de Edward Snowden sobre a espionagem da NSA. Íntegra da decisão do Tribunal de Justiça da União Européia disponível em <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/adequacy/files/eu-us_data_flows_communication_final.pdf> Acesso em 8.jan.2015.

crescimento de Direito Internacional, não podemos negar que o nosso próprio dia tem o seu direito de instituir costumes e celebrar acordos que eles mesmos se tornarão fontes de um Direito Internacional novo e reforçado. Direito Internacional não é capaz de desenvolvimento pela legislação, pois não há continuidade assentada na legislatura internacional. Inovações e revisões no Direito Internacional são provocadas pela ação dos governos designados para atender uma alteração de circunstâncias. Ele cresce, assim como o de direito comum, através de decisões tomadas ao longo do tempo para adaptar os princípios às novas situações. Daí eu não estou perturbado pela falta de precedente para o inquérito nos propomos a realizar. Após o choque para a civilização da última Guerra Mundial, no entanto, uma reversão para as doutrinas anteriores e mais sólidas do Direito Internacional teve lugar. No momento em que os nazistas chegaram ao poder foi completamente estabelecido que o lançamento de uma guerra agressiva ou a instituição da guerra pela traição era ilegal e que a defesa da guerra legítima não estava mais disponível para aqueles que se envolveram em tal empreendimento. É mais que tempo de agir sobre o princípio jurídico de que a tomada de guerra agressiva é ilegal e criminoso.¹⁴⁷

Na mesma esteira, M. Cherif Bassiouni leciona que:

Mas, para chegar a essa conclusão, requer-se a rejeição do positivismo rígido no direito internacional, bem como a aceitação dos princípios gerais de direito como uma fonte do Direito Internacional Criminal (ICL) sujeito aos requisitos do princípio da legalidade. Pode-se argumentar que a própria natureza do direito internacional requer,

¹⁴⁷ UNITED NATIONS. **Report of Robert H. Jackson , US Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945.** Disponível em < <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack08.asp>.> Acesso em 11.jan.2015.

necessariamente, a liberdade das limitações do positivismo jurídico interno, porque o direito internacional é uma disciplina que "não é estática, mas uma adaptação contínua que acompanha as necessidades de um mundo em mudança."¹⁴⁸

Entende-se, assim, que a ausência de previsão legal expressa do cibercrime no Estatuto de Roma, não impede o reconhecimento da competência do Tribunal para tanto, afinal, o próprio Estatuto prevê a possibilidade de inclusão de novos delitos contra a humanidade. A internacionalidade do cibercrime, o grande potencial para a consumação de graves violações aos direitos humanos e para a ameaça à paz e à segurança da humanidade denotam a adequação do TPI para o julgamento desses delitos.

Além disso, para que haja a responsabilização individual do agente, há necessidade de se buscar a prestação jurisdicional compatível com esse objetivo. Uma vez que as instâncias nacionais se mostram incompatíveis com as especificidades do cibercrime, há que se analisar sua inserção na esfera do Direito Internacional.

Nos sistemas internacionais (global e regional), os Estados respondem perante a jurisdição internacional na qualidade de Réus restando a responsabilização criminal individual no plano global restrita ao TPI que por ser permanente e independente, no âmbito da ONU, representa a opção mais adequada ao tratamento dos cibercrimes. Vislumbra-se, portanto, uma coincidência entre o genocídio e o cibercrime no que concerne o raciocínio para a atribuição do delito a um tribunal internacional. Com relação genocídio, Flávia Piovesan observa que:

(...) considerando que o genocídio era um crime que, por sua gravidade, afrontava a ordem internacional, e considerando ainda que, em face de seu alcance, as instâncias nacionais poderiam não ser capazes de processar e julgar seus perpetradores, seria razoável

¹⁴⁸ BASSIOUNI, 2011, p. 726.

atribuir a um corte internacional a competência para fazê-lo.¹⁴⁹

Outro fator que fortalece a competência do TPI refere-se à universalidade de sua jurisdição. A universalidade das decisões prolatadas pelo TPI poderiam ser abaladas nos casos de cidadãos de países não signatários do Estatuto de Roma?

Os delitos de competência do TPI consistem naqueles que não só merecem a atenção como também afetam toda a comunidade internacional. Pela gravidade de sua natureza, incluem-se na categoria do *jus cogens*. Isso significa dizer que trata-se de norma imperativa, de observância obrigatória, gozando, para tanto, de posição hierárquica superior a qualquer outro princípio, norma ou regras, tanto de direito nacional como de direito internacional. Para M. Cherif Bassiouni, *jus cogens* seria "essencialmente um rótulo colocado sobre o princípio cuja importância percebida, baseada em certos valores e interesses, ascendem para um nível que é reconhecido como superior a outros princípios, normas ou regras e, assim, substituindo-os".¹⁵⁰

Alçar os cibercrimes à categoria de *jus cogens* visa, *a priori*, impedir a impunidade daqueles que cometem mencionado delito e, conseqüentemente, contribui para a concretização dos direitos humanos na salvaguarda da humanidade bem como para a realização da justiça em nível internacional. Sobre ser de domínio de *jus cogens* e de obrigação *erga omnes*, Cançado Trindade, esclarece *in verbis*:

O Estatuto de Roma também consagrou *princípios gerais de direito penal*, não obstante as diferenças conceituais entre as delegações de países de direito civil e as de países de *common law*. *Esclareceu-se que crimes da gravidade do genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, não se aplicam - não podem se aplicar - quaisquer statutes os limitations*, mesmo porque tais crimes recaem, - no entender de ao menos parte da

¹⁴⁹ PIOVESAN, 2013 p. 301

¹⁵⁰ BASSIOUNI, 2011, p. 264.

doutrina jurídica contemporânea, - no domínio do *jus cogens*, acarretando obrigações *erga omnes*.¹⁵¹

Para o autor, esses avanços percebidos quando da criação do TPI marcam o "grau da consciência jurídica universal", que para o jurista consiste numa "fonte material por excelência do Direito Internacional, e da evolução de todo o Direito". Por sua vez, a ONU teria contribuído para a consolidação do princípio da jurisdição universal (*infra*), em meio à expansão da função jurisdicional, na busca da realização do antigo ideal da justiça em nível internacional.¹⁵²

Um caso em especial evidencia mencionada "consciência jurídica universal" bem com a imperatividade do *jus cogens* e a força do princípio da justiça universal. Trata-se do caso Darfur, Sudão, que se encontra em trâmite perante o TPI.

Aludido caso foi submetido ao crivo do TPI mediante resolução do Conselho de Segurança da ONU (Resolução 1593, de 31.3.2005)¹⁵³ que, convencido da existência de ameaça à paz internacional e à segurança no Sudão, encaminhou o caso ao Procurador do TPI. Concluiu o Procurador sobre a existência de indícios suficientes à instauração de investigações.

Dentre os investigados, destaca-se o Presidente Omar Hassan Ahmad cuja ação foi considerada pelo Procurador uma "conduta que simultaneamente constitui genocídio contra os grupos étnicos Fur, Masalit e Zaghawa, assim como crimes contra a humanidade e crimes de guerra contra a população civil da área, incluindo membros dos grupos alvos." Assim, Al-Bashir está sendo acusado por 3 crimes de genocídio, 5 crimes contra a humanidade e 2 crimes de guerra¹⁵⁴ tendo sido expedidos dois mandados de prisão que até o momento não foram cumpridos.

¹⁵¹ CANÇADO TRINDADE, 2010, p. 37-68.

¹⁵² *Ibid*, p. 37-68.

¹⁵³ Disponível em <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>> Acesso em 10.jan.2016.

¹⁵⁴ Informações disponíveis em <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx> e UNITED NATIONS. ICC. **Public Summary of Prosecutor's Application under**

A maior controvérsia do caso do Sudão reside no fato de o país não ser signatário do Estatuto de Roma nem ter aderido posteriormente ao TPI. Ora, mas se ele não se submeteu formalmente à jurisdição do TPI, como explicar as investigações e os mandados de prisão?

Apesar de o Sudão não ser signatário do Estatuto de Roma, ele é signatário da Carta das Nações Unidas que outorgou poderes ao Conselho de Segurança para submeter casos à apreciação do TPI. Assim, teria também o Sudão aceito a competência do Conselho de Segurança e, conseqüentemente, a jurisdição do TPI. O fundamento dessa decisão reside na manutenção da paz e da segurança internacionais, ameaçados pelos crimes *jus cogens* reconhecidos não apenas pelo TPI, mas também por toda a comunidade internacional.

Apesar de os mandados de prisão não terem sido cumpridos, nem ter sido reconhecida jurisdição do TPI pelo Sudão, o caso representa um importante avanço para a jurisdição do TPI.

Norberto Bobbio leciona que as atividades implementadas pelos organismos internacionais podem ser consideradas em três aspectos: promoção, controle e garantia. *In verbis*:

Por promoção, entende-se o conjunto de ações que são orientadas para este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controles jurisdicionais). Por atividades de controle, entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram

respeitadas. (...) Finalmente, por atividade de garantia (talvez fosse melhor: dizer de "garantia em sentido estrito"), entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional.¹⁵⁵

Os dois primeiros aspectos, promoção e controle referem-se ao aperfeiçoamento de um sistema jurisdicional pré-existente. Já o terceiro aspecto, da garantia, dirige-se ao futuro, uma meta a ser alcançada, qual seja: "uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente."¹⁵⁶

Estamos, portanto, tratando do aspecto da garantia de Norberto Bobbio. Ao vislumbrar a inclusão dos cibercrimes no rol de competência do TPI pretende-se inovar, alcançar uma nova meta que, no caso, consiste em consolidar um direito digital global para os delitos que comprometam a paz, a segurança e os direitos fundamentais da humanidade.

Mais do que um simples aparato normativo, para Willis Santiago Guerra Filho, ressalta a importância do Direito Digital vez que ele implica em uma nova compreensão do Direito, da sociedade e do próprio ser humano:

Ele tem o que contribuir, e muito para um renovação no modo de compreender o próprio Direito e a nova sociedade em que hoje se insere, a sociedade digital, mundial. Daí que vamos ter de conhecer um novo sujeito do novo Direito, que se relaciona estreitamente com uma nova compreensão do que seamos os humanos, bem como os demais seres naturais e artificiais. Eis que o estudo do direito digital nos coloca desafios

¹⁵⁵ BOBBIO, 2004, p.23.

¹⁵⁶ Ibid., p. 23.

verdadeiramente filosóficos e científicos de primeira grandeza."¹⁵⁷

Seguindo as idéias do autor, percebe-se, assim, que a compreensão do direito digital global implica na compreensão da própria humanidade. Quiçá num futuro não tão distante a humanidade conte não apenas com um Tribunal Penal Internacional específico para esses casos, mas com vários outros Tribunais Internacionais capazes de acompanhar a sua evolução na busca por uma verdadeira justiça internacional. Aliás, a própria Carta da Nações Unidas, em seu artigo 95¹⁵⁸ prevê a criação de outros tribunais o que contribuirá para a evolução do Direito Digital Global e em última instância para a consolidação de um legítimo Sistema Judiciário Global.

¹⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. *In* DEL MASSO, Fabiana; ABRUSIO, Juliana e FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coordenadores). **Marco civil da internet: lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 14.

¹⁵⁸ Article 95, United Nations Charter: Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future. UNITED NATIONS. **United Nations Charter**. <Disponível em <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html>> Acesso em 12.jan.2016

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando em meados da década de 1950, em meio a Guerra Fria, a ARPA passou a empregar esforços para a melhoria da comunicação entre seus computadores, certo é que ela não tinha condições de prever no que esses esforços iniciais resultariam. A criação dos protocolos TCP/IP por Vint Cerf e seu grupo, seguidas pela criação de Tim Berners-Lee (www) trilharam o caminho para a revolução na comunicação humana.

Não poderiam eles prever que hoje bilhões de pessoas estariam conectadas à rede mundial de computadores, transmitindo e recebendo um quantidade cada vez maior de dados. Tampouco poderiam conceber a idéia de que um dia essas inovações poderiam ser utilizadas como mecanismos de violação em massa dos direitos humanos.

Em que pesem todos os benefícios advindos dessa revolução tecnológica, não podemos nos cegar diante das adversidade dela decorrentes. Se hoje direitos humanos são gravemente violados no ambiente cibernético e sendo o próprio acesso à internet um desses direitos, há que se promover os mecanismos adequados para a prevenção e coerção desses abusos. O que não se pode admitir é que esses agentes permaneçam impunes aos olhos da humanidade.

Os cibercrimes quando cometidos, podem violar uma série de direitos humanos, e vitimizar bilhões de pessoas que podem se encontrar em diversos Estados ao redor do planeta. Verifica-se, assim, a característica global do delito.

Um vez compreendido na esfera internacional, esse delito necessita de um tratamento adequado a essa realidade pois restringí-lo à competência nacional de cada Estado é o mesmo que garantir a impunidade do agente, seja pela ausência de expertise ou condições técnicas do Estado, seja pela dificuldade para se realizar a investigação, a instrução e até mesmo a execução das sentenças condenatórias.

Dessa forma, voltamos nossas atenções aos sistemas de tutela dos direitos humanos em âmbito internacional. Como visto, os principais sistemas de tutela dos direitos humanos no plano internacional, tanto global como regional, possuem, via de regra, o Estado como réu. A responsabilização individual do agente perante a ordem internacional ainda é restrita a poucas situações e de competência de apenas algumas Cortes Internacionais.

Levando-se em consideração as características do cibercrime, conclui-se que a melhor alternativa no presente é que haja uma apuração da responsabilidade individual do agente e que, como mencionado, ela se opere perante a jurisdição internacional, mais precisamente, a global.

Isso porque, mostra-se inequívoca a globalidade do delito. A rede não conhece fronteiras de sorte que tudo que nela acontece se irradia por todo o mundo em questão de segundos. Ainda que se dê um tratamento internacional, se este se der pelos sistemas regionais, ainda assim, estaríamos diante de uma mecanismo falho. Se uma determinada situação reverbera por todo o mundo, por que restringi-lo a apenas uma determinada região?.

Além da abrangência global do delito, existem questões de ordem técnica que merecem atenção. Em uma mesma situação, múltiplos Estados podem vir a ser envolvidos e, nesse caso, os atuais sistemas de cooperação entre os Estados se mostra falha e insuficiente para a apuração, processamento e julgamento dos casos. A burocracia e a lentidão dos trâmites internacionais, os interesses econômicos, políticos e sociais e a divergência entre as legislações internas de cada Estado, são alguns dos obstáculos para que haja uma efetiva e eficaz cooperação entre os Estados.

Tampouco se mostra adequada a responsabilização do Estado no lugar no verdadeiro agente, isso não inibiria a prática do delito nem contribuiria para a concretização dos direitos humanos.

Assim sendo, o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, para combater e punir as graves violações aos direitos humanos representam uma alternativa viável e adequada ao tratamento dos crimes em questão.

Para tanto, propõe-se a inclusão do cibercrime no rol de competência do artigo 7º, do Estatuto de Roma para que aquele conste como crime contra a humanidade. Essa pretensão fundamenta-se no fato de que a) o acesso à internet é considerado um direito humano e sua tutela resguarda, ainda, outros direitos humanos como a liberdade de expressão, opinião e o direito à educação; ao violar o ciberespaço, inúmeros direitos de bilhões de usuários poderão ser violados, constituindo, assim, uma violação de direitos em massa; um verdadeiro crime contra a humanidade b) a abrangência do cibercrime, seu potencial de destruição e violação dos direitos humanos, envolvem, em grande parte, múltiplos Estados. Isso prejudica sobremaneira a apuração e julgamento desses delitos. Depender de acordos de cooperação entre Estados mostra-se, como visto, insuficiente e até mesmo inadequada; c) há que se coibir a prática desse delito de forma efetiva e eficaz, evitando-se, assim, a impunidade dos grandes violadores dos direitos humanos, sejam eles Estados ou indivíduos.

A inclusão do cibercrime à esfera de competência do TPI como crime contra a humanidade revela-se, portanto, urgente e necessária. Para os direitos humanos, trata-se de uma legítima readequação do conceito do delito com vistas a garantir a efetiva concretização e tutela desses direitos. Ao mesmo tempo, a consagração do Direito Digital Global assim como a multiplicação dos Tribunais Internacionais constituem uma valiosa contribuição para a formação de um futuro Sistema Judiciário Global, tão necessário para atender às novas demandas da humanidade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZUMA, João Carlos. A sociedade civil e a proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.

_____. **O Pacto Global das Nações Unidas: uma via para a responsabilidade das empresas pela concretização dos direitos humanos**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARTHES, Roland. **S/Z**. Traduzida por Richard Miller. United Kingdom: Blackwell Publishing, 2002.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application**. USA: Cambridge University, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília, DF: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília, DF: FUNAG, 2012.

CASTELLS, Manuel. **La galaxia Internet**. Barcelona: Plaza & Janés, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention on cibercrime**. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680081561>. Acesso em 7.nov.2015.

COUNCIL OF EUROPE. **Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems**. Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008160f>. Acesso em 7.nov.2015

DEL MASSO, Fabiana; ABRUSIO, Juliana e FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coordenadores). **Marco civil da internet: lei 12.965/2014**. São Paulo: **Revista dos Tribunais, 2014**.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública; ação popular; a defesa dos interesses difusos e coletivos; posição do Ministério Público. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 16, 1996.

GALVÃO, Ilmar. A ação civil pública e o Ministério Público. In: **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 9, 2000.

GARCIA, Maria. **Inconstitucionalidades da lei das desapropriações**: a questão da revenda. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. In DEL MASSO, Fabiana; ABRUSIO, Juliana e FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coordenadores). **Marco civil da internet: lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HUHLE, Rainer. **Hacia una comprensión de los 'crímenes contra la humanidad' a partir de Nuremberg**, Revista Estudios Sócio-Jurídicos. Bogotá, 2011, 13, (2), p.43-76.

ICRC. **Hague Convention, 1907**. Disponível em <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=BD48EA8AD56596A3C12563CD0051653F>>. Acesso em 15.out.2015.

INOUE, Giselle Ashitani. Efetividade dos Direitos Humanos: a sociedade civil e os writs constitucionais. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. **Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamarati**. ACERVO. v. 4/5, nº 2/1, julho-dezembro/1989, janeiro-junho/1990. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1990.

_____ **A internacionalização dos direitos humanos:** constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LANDOW, George P. **Hipertexto:** laconvergencia de lateoría crítica contemporánea y latecnología. Barcelona: Paidós, 1995.

LEAGUE OF NATIONS. **Treaty of Versailles, 1919.** Disponível em <<http://avalon.law.yale.edu/imt/parti.asp>>. Acesso em 15.out.2015.

LUCERO, Everton. **Governança da Internet:** aspectos da formação de um regime global e oportunidades para a ação diplomática. Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

MAGNOLI, Demétrio(Org.). **História da paz:** os tratados que desenharam o planeta. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MÉXICO. **Texto original da Constituição Mexicana de 1917.** Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwifveL3pMHJAhVBfZAKHeEdCNcQFggpMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FLeyesBiblio%2Fref%2Fcpeum%2FCPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf&usg=AFQjCNEp9wUz1Gn5TiirCELwupN3so3veg&bvm=bv.108538919,d.Y2I. Acesso em 4.dez.2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4.

PARIS. Preliminary Peace Conference - **Commission on the Responsibility of the authorsof the war and on enforcement of penalties. 1919.** .Disponível em <<https://ia600406.us.archive.org/20/items/violationoflawsc00pariuoft/violationoflawsc00pariuoft.pdf>.> Acesso em 10.jan.2015.

PASCOAL, Roger. **Redes hipertextuais**: um panorama sobre os aspectos cognitivos da organização da informação na Internet. 189 f. 2015. Tese (Doutorado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14^a edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013,

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Orgs.). **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. São Paulo: UnB, 2000.

SANTAELLA, L. **Cultura das mídias**. São Paulo: Experimento, 1996.

SHELTON, Dinah L. (Ed.). **Encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. Estados Unidos: Thomson Gale, 2005. v. 1.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Marco Antônio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 37-68, jul./dez. 2010.

_____. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

UNITED NATIONS. General Assembly Security Council. **Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the territory of the Former Yugoslavia since 1991**. [S. l.], 2015. Disponível em: <http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_2015_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue**. [S. l.], 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez**. [S. l.]. 2012. Disponível em <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Guardian/documents/2012/03/12/A_HRC_19_61_Add.4_EFOnly-2.pdf>. Acesso em 29.12.2015.

UNITED NATIONS. International Criminal Court. **Elements of crimes**. Haia, Holanda, 2011. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>>. Acesso em: 6 jan 2016.

UNITED NATIONS International Criminal Court. **Public Summary of Prosecutor's Application under Article 58, 2008**, disponível em <<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc529671.pdf>> Acesso em 16.jan.2016.

UNITED NATIONS. International Criminal Court. **Resolución RC/Res.6*** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-SPA.pdf> Acesso em 8.1.2016.

UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights. Disponível em:** <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/volume-999-I-14668-English.pdf> > Acesso em 23.dez.2015.

UNITED NATIONS. Office of The Special Adviser on The Prevention of Genocide.**[Prevention of genocide]**. Nova Iorque, 2011. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/osapg_booklet_eng.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2016.

UNITED NATIONS. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**. Disponível em <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 14.set.2015.

UNITED NATIONS. **Report of Robert H. Jackson , US Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945**. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/imt/jack08.asp>. Acesso em 11.jan.2015.

UNITED NATIONS.- **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue**. Disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em, 11.out.2015.

UNITED NATIONS. **Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbourin.** Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>. Acesso em 10.nov.2015

UNITED NATIONS. **Tunis agenda for the information society.** In: WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY, 2005, Tunis. **World** Disponível em: <<http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

UNITED NATIONS, **United Nations Office on Drugs and Crime.Comprehensive Study on Cybercrime - February 2013.** Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf> Acesso em 20.out.2015.

UNITED NATIONS. The broadband commission for digital development. **The state of broadband 2014: broadband for all.Genebra:** [s. n.], 2014. Disponível em: <<http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2014.pdf>>.Acesso em: 10 nov. 2015.

UNITED NATIONS. The broadband commission for digital development. **The State of Broadband 2015. Genebra:** [s. n] Disponível em: <<http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/bb-annualreport2015.pdf>> Acesso em 26.dez.2015.

UNITED NATIONS. **United Nations Charter.** Disponível em <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-xiv/index.html>>. Acesso em 12.jan.2016.

USA. **Charter of the international military tribunal for the far east.** Disponível em <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000004-0020.pdf>> Acesso em 10.nov.2015.

USA CONGRESS. **USA Freedom Act of 2015** Disponível em <<https://www.congress.gov/114/plaws/publ23/PLAW-114publ23.pdf>> Acesso em 12.jan..2015.

USP. **Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado - 1918,** disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-do-povo-trabalhador-e-explorado-1918.html>> Acesso em 5.set.2014.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.