

De
LEGIBUS

5/6

2023

**CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E CIBERESPAÇO
– BREVE CONSIDERAÇÃO DA INTERVENÇÃO
DOS ACTORES NÃO ESTADUAIS**

CRIMES AGAINST HUMANITY AND CYBERSPACE – BRIEF NOTE
ON THE INTERVENTION OF NON-STATE ACTORS

INÊS GOMES

REVISTA DE DIREITO

LAW JOURNAL

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona

<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E CIBERESPAÇO
– BREVE CONSIDERAÇÃO DA INTERVENÇÃO
DOS ACTORES NÃO ESTADUAIS

CRIMES AGAINST HUMANITY AND CYBERSPACE – BRIEF NOTE
ON THE INTERVENTION OF NON-STATE ACTORS

INÊS GOMES*

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória sobre os conceitos de crimes contra a humanidade e ciberespaço; 2. Os elementos gerais dos crimes contra a humanidade; 2.1. O elemento da acção ou política estadual ou de uma organização; 2.1.1. O conceito de “organização”; 3. A perpetração de crimes contra a humanidade por actores não estaduais com recurso ao ciberespaço – reconsideração do conceito de “organização”?; 4. Conclusão.

RESUMO: O desenvolvimento tecnológico verificado nas últimas décadas e a crescente utilização do ciberespaço – acessível a múltiplos actores, estaduais e não estaduais – proporcionam o incremento das preocupações em torno da perpetração de crimes internacionais com recurso a este domínio. O artigo que agora escrevemos visa analisar a questão da prática de crimes contra a humanidade através do uso de meios cibernéticos. Assim, debruçar-nos-emos sobre os elementos destes ilícitos internacionais, incidindo o nosso foco, de modo especial, sobre o requisito da política subjacente ao ataque conduzido contra a população civil – e, ainda de uma forma mais específica, sobre as situações em que esta política é levada a cabo por actores não estaduais. A nossa análise terá como pano de fundo a consideração do Art. 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – relativo aos crimes contra a humanidade – e a jurisprudência internacional, com destaque para a decisão da Pre-Trial Chamber II do Tribunal Penal Internacional concernente à autorização de investigação da Situação na República do Quênia. Veremos que a “desterritorialização” própria do ciberespaço e as particularidades de algumas das entidades que nele operam favorecem uma interpretação ampla

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito - Ciências Jurídico-Políticas/ Menção em Direito Internacional Público e Europeu, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutoranda em Direito - Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. inesgomesfducemest@gmail.com

Artigo elaborado durante o período em que beneficiou de Bolsa de Investigação para Doutoramento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I. P. (Referência: SFRH/BD/143998/2019)

do conceito de “organização” no seio do elemento político dos crimes contra a humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: crimes contra a humanidade; ciberespaço; ciberataques; actores não estaduais; Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT: The technological development registered in the last decades and the growing utilization of cyberspace – accessible to multiple interveners, state and non-state actors – provide the rising of concerns about the perpetration of international crimes through that domain. The present article aims to analyse the issue of the perpetration of crimes against humanity through cyberspace. We will examine the elements of these international crimes, and observe, especially, the element concerning the policy behind the attack directed against the civilian population; within this requisite, we will consider, particularly, the situations where the policy is carried on by non-state actors. Our analysis will be based on article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court, pertaining to crimes against humanity, and the international case-law on the matter, focusing on the decision of ICC’s Pre-Trial Chamber II on the authorization of the investigation of the Situation in the Republic of Kenya. We will see that the “deterritorialization” that characterizes cyberspace and the peculiarities of some of the entities operating there stimulate the adoption of a broad interpretation of the concept of “organization” in the context of the policy element of crimes against humanity.

KEYWORDS: crimes against humanity; cyberspace; cyberattacks; non-state actors; International Criminal Court.

1. NOTA INTRODUTÓRIA SOBRE OS CONCEITOS DE *CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E CIBERESPAÇO*

O trabalho ora desenvolvido visa analisar a problemática da perpetração de crimes contra a humanidade com recurso ao domínio do ciberespaço, considerando-se, de forma breve, a possibilidade de esta ter por base uma política levada a cabo por actores não estaduais. O exame desta temática implica que deixemos algumas notas iniciais sobre dois dos conceitos a abordar no decurso da nossa exposição – o de *crimes contra a humanidade* e o de *ciberespaço* –, esboçando, desde já, os seus traços essenciais.

Começando pela noção de *ciberespaço*¹, não deixando de reconhecer a sua complexidade e as várias dimensões – tecnológica, política, sociológica, cultural – que a mesma convoca, diremos, sumariamente, que esta respeita à “rede global de infraestruturas de tecnologias de informação interligadas entre si, especialmente as redes de telecomunicações e os sistemas de processamento dos computadores”². A facilidade de acesso ao ciberespaço, oferecendo, indiscutivelmente, diversas vantagens à vida de Estados, empresas e cidadãos, apresenta, também, riscos ao nível da segurança internacional. Com efeito, podemos facilmente conceber a prática de ataques informáticos visando serviços e instalações cruciais para a vida e a segurança das sociedades – *v.g.*, redes de transporte e abastecimento, infra-estru-

1 O termo *ciberespaço* (*cyberspace*) foi introduzido, ao nível da escrita, pelo autor William Gibson, no conto *Burning Chrome* (de 1982), tendo Gibson desenvolvido o respectivo conceito no romance *Neuromancer* (de 1984). Cf. Tore Rye Andersen, “Cyberspace Revisited: A Radial Reading of William Gibson’s ‘Burning Chrome’” *The Journal of American Culture*, Vol. 42, No. 2 (June 2019), 121-136, p. 121 (disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jacc.13019> – último acesso a 27 de Outubro de 2023). Cf., ainda, Marcelo da Silva Aparício, “O Ciberespaço como Dimensão de Segurança” (Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Aeronáutica Militar, na Especialidade de Piloto-Aviador, Academia da Força Aérea, Maio de 2017) (disponível em https://comun.rcaap.pt/bitstream/10400.26/23108/1/O%20ciberespa%C3%A7o%20como%20dimens%C3%A3o%20de%20seguran%C3%A7a_disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf – último acesso a 27 de Outubro de 2023), p. 2, e José Pedro Teixeira Fernandes, “Utopia, Liberdade e Soberania no Ciberespaço,” *Nação e Defesa*, No. 133 (2012), 11-31 (disponível em <https://www.idn.gov.pt/pt/publicacoes/nacao/Documents/NeD133/NeD133.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 12.

2 Cf. Fernandes, “Utopia,” 12. Apresentando uma definição semelhante do termo, *vide* Nicolò Busolati, “The Rise of Non-State Actors in Cyberwarfare,” in *Cyber War: Law and Ethics for Virtual Conflicts*, ed. Jens David Ohlin/Kevin Govern/Claire Finkelstein (Oxford University Press, 2015), 102-126 (acesso em <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198717492.003.0007> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 103.

turas militares, sistemas de comunicação, redes hospitalares ou sistemas de controlo de tráfego –³, colocando-se delicados problemas relativamente à prevenção e repressão de tais actos.

No âmbito do Direito Internacional, este fenómeno tem sido objecto de análise e debate sob diferentes ângulos – nomeadamente, no plano da qualificação dos ciberataques enquanto actos de agressão, com o consequente exame da possibilidade de resposta dos Estados aos mesmos⁴. O nosso foco, já o desvendámos, será o do Direito Internacional Penal, atentando, mais precisamente, na categoria dos crimes contra a humanidade, que passaremos a caracterizar de forma breve.

Observando o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI)⁵, verificamos que este diploma cuida, no seu Art. 7.º, da categoria dos *crimes contra a humanidade*. Este grupo de crimes foi previsto pela primeira vez, ao nível do Direito internacional penal positivo, na Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional⁶ – Art. 6.º-c) –, tendo figurado nos subsequentes instrumentos normativos referentes aos Tribunais penais internacionais, nomeadamente, nos Estatutos dos

3 Cf. Michael N. Schmitt, “Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, Issue 3 (1999), 885-938, p. 887 e p. 912, Cordula Droege, “Get off my cloud: cyber warfare, international humanitarian law, and the protection of civilians”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886 (Summer 2012), 533-578 (disponível em <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-886-droege.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 538, e Aparício, “O Ciberespaço”, 1 e 2.

4 A este propósito, *vide*, designadamente, Schmitt, “Computer,” em especial, pp. 900 e ss., Metodi Hadji-Janev/Stevan Aleksoski, “Use of Force in Self-Defense Against Cyber-Attacks and the Shockwaves in the Legal Community: One more Reason for Holistic Legal Approach to Cyberspace,” *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol. 4, No. 14 (November 2013), 115-124 (disponível em https://www.researchgate.net/publication/259335648_Use_of_Force_in_Self-Defense_Against_Cyber-Attacks_and_the_Shockwaves_in_the_Legal_Community_One_more_Reason_for_Holistic_Legal_Approach_to_Cyberspace – último acesso a 27 de Outubro de 2023), e Bussolati, “The Rise,” em especial, 118-125.

5 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aberto à assinatura a 17 de Julho de 1998 e entrou em vigor a 1 de Julho de 2002.

6 A Carta de Londres, adoptada a 8 de Agosto de 1945, estabeleceu um Tribunal Militar Internacional, com sede em Nuremberga, tendente ao julgamento e punição dos indivíduos que, actuando nos interesses dos países do Eixo Europeu, haviam praticado crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A 19 de Janeiro de 1946 foi estabelecida a Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio – o qual tinha jurisdição sobre os crimes mencionados, relativamente aos indivíduos que tinham agido no interesse do Império Japonês.

Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia⁷ (TPIJ) – Art. 5.º – e para o Ruanda⁸ (TPIR) – Art. 3.º.

De acordo com o n.º 1 da referida disposição, entende-se por “crime contra a humanidade”, para os efeitos do Estatuto, qualquer um dos actos aí elencados – nas diversas alíneas apresentadas –, “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”. O n.º 2 do artigo contém, nas suas diversas alíneas, as definições de alguns dos conceitos incluídos no n.º 1, revestindo-se de particular interesse para a presente análise a respectiva alínea a), a qual explicita a noção de “ataque contra uma população civil”. Debruçar-nos-emos sobre ela atentamente, cuidando do elemento político dos crimes contra a humanidade que a mesma encerra e perspectivando este elemento no quadro da intervenção de actores não estaduais no domínio do ciberespaço. Antes de nos determos sobre este tópico, iremos dar conta, em traços largos, dos elementos que caracterizam aquela categoria de ofensas.

2. OS ELEMENTOS GERAIS DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Conforme deixámos antever, tendo por ponto de referência o Estatuto de Roma do TPI, são marcas distintivas dos crimes contra a humanidade – independentemente dos particulares actos em questão – a respectiva comissão no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e o conhecimento, por parte do perpetrador, do contexto no qual o seu acto se insere. Começando por aclarar o conceito de “ataque”, diremos que o mesmo não tem de se apresentar como um ataque militar – tal como entendido no Art. 49.º/1 do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, de 8 de Junho de 1977, relativo à protecção das vítimas dos conflitos armados

7 O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia foi criado através da Resolução 827 (1993), adoptada pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) em 25 de Maio de 1993.

8 O Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda foi estabelecido por meio da Resolução 955 (1994), adoptada pelo Conselho de Segurança da ONU em 8 de Novembro de 1994.

internacionais⁹ –, podendo configurar-se como uma actuação levada a cabo sem a intervenção de militares ou a utilização de armas e decorrer na ausência de qualquer conflito armado¹⁰. Neste campo, diremos também que o ataque pode ser enformado por vários crimes diferentes¹¹; acrescente-se, ainda, que o mesmo não tem de ser perpetrado por diversos indivíduos, e que uma única conduta poderá corresponder à comissão de múltiplos crimes¹².

Olhando, agora, ao carácter “generalizado ou sistemático” do ataque, importa realçar que a enunciação estabelecida no Estatuto de Roma do TPI consagra a natureza alternativa entre as características da generalidade e da sistematicidade, em sentido coincidente com o sustentado pelo *case-law* dos Tribunais penais internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda^{13/14}.

9 De acordo com o referido preceito, “[a] expressão ‘ataques’ designa os actos de violência contra o adversário, quer sejam actos ofensivos, quer defensivos”.

10 Neste sentido se pronunciou a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia – veja-se, *v.g.*, *Prosecutor v. Tadić*, Judgment, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999 (disponível em <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 251. Cf. Francisco Ferreira de Almeida, *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal* (Coimbra: Coimbra Editora, 2003), 311. Também o par. 3 da Introdução concernente aos crimes contra a humanidade no seio dos Elementos dos Crimes – diploma adoptado, em Setembro de 2002, pela Assembleia de Estados-Partes no Estatuto de Roma, nos termos do respectivo Art. 9.º, visando auxiliar o Tribunal na interpretação e aplicação dos Arts. 6.º, 7.º e 8.º do Estatuto – admite a possibilidade descrita. *Vide Prosecutor v. Ntaganda*, Judgment, ICC Trial Chamber VI, Case No. ICC-01/04-02/06, 8 July 2019 (disponível em https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2019_03568.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 662.

11 Cf., nestes termos, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999 (disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01/MS15929R0000620214.PDF> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 122.

12 Este ponto encontra-se focado no par. 9 da Introdução geral dos Elementos dos Crimes. Cf. Kai Ambos/Steffen Wirth, “The Current Law of Crimes Against Humanity – An analysis of UN-TAET Regulation 15/2000,” *Criminal Law Forum*, Vol. 13, Issue 1, March 2002, 1-90 (disponível em http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CLF_02-1_CAH.pdf – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 16 e 17.

13 Cf. Ambos/Wirth, “The Current,” p. 18, e N. 81. A este nível, *vide, v.g.*, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997 (disponível em <https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), pars. 646 a 648, e *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgment and Sentence, ICTR Trial Chamber I, Case No. ICTR-96-3-T, 6 December 1999 (disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-03/MS17327R0000620654.PDF> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), pars. 67 e 68.

14 Note-se que a formulação presente no Estatuto de Roma se assume como uma solução de compromisso, encontrada como meio de superar a cisão entre os dois grupos de Estados que, durante os trabalhos preparatórios do diploma, se debateram, respectivamente, pela articulação das referidas ex-

Relativamente ao traço da generalidade, podemos afirmar que o mesmo se refere ao número de vítimas do ataque¹⁵. Importa sublinhar, a este propósito, que um ataque generalizado ou em larga escala pode resultar do efeito cumulativo de vários actos desumanos ou do efeito de um só acto desumano de enorme dimensão^{16/17}.

Relativamente ao atributo da sistematicidade, diremos que este se reporta à adopção de um determinado padrão de actuação ou de um plano visando uma população civil¹⁸. Refira-se, aqui, que algumas das decisões do TPIJ e do TPIR que se debruçaram sobre a nota da sistematicidade descreveram a característica, segundo cremos, de forma nebulosa. Reservando algumas considerações a este respeito para momento posterior da nossa análise, deixaremos, por agora, o exemplo do caso *Blaškić*, no qual a *Trial Chamber I* do

pressões de forma disjuntiva (“generalizado ou sistemático”) e conjuntiva (“generalizado e sistemático”). Esta solução conjuga a adopção da referida forma disjuntiva com a necessidade de verificação da perpetração do ataque contra uma população civil – impedindo-se, com esta condição, a inserção, no âmbito da categoria dos crimes contra a humanidade, de infracções sem qualquer ligação entre si. *Vide* Darryl Robinson, “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference”, *American Journal of International Law*, Vol. 93, No. 1 (January 1999), 43-57, p. 47, Herman von Hebel/Darryl Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court,” in *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, ed. Roy S. Lee (Kluwer Law International, 1999), 79-126, 94 e 95, Margaret McAuliffe DeGuzman, “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 22, No. 2 (May 2000), 335-403, 375 e 376, e Almeida, *Os Crimes*, 121.

15 Cf., *v.g.*, no âmbito da jurisprudência do TPIR, do TPIJ e do TPI, respectivamente, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgement, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, par. 123, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 February 2001 (disponível em <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 428, e *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04025.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 1123. Cf., na matéria, Ambos/Wirth, “The Current,” 20.

16 Cf. *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May – 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10*, U.N. Doc. No. A/51/10 (disponível em https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf – último acesso a 27 de Outubro de 2023), p. 47 – *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Article 18., Commentary – (4)*.

17 Cf., a título de exemplo, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 648. *Vide* Ambos/Wirth, “The Current,” 20, e Almeida, *Os Crimes*, 322.

18 *Vide* Almeida, *Os Crimes*, pp. 322 e 323. Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 648. *Vide*, ainda, *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1123.

Tribunal aludiu, enquanto factor atinente à natureza sistemática do ataque, à perpetração de um crime em larga escala contra um grupo de civis ou à prática repetida e contínua de actos desumanos com uma ligação entre si¹⁹; como vimos, a perpetração de um crime em larga escala remete-nos para a característica da generalidade, pelo que não deveria, quanto a nós, ter sido mencionada no âmbito da referência à sistematicidade do ataque²⁰.

De acordo com o texto presente no Estatuto de Roma, o ataque (generalizado ou sistemático) que caracteriza os crimes contra a humanidade é aquele perpetrado contra “qualquer população civil”. Relativamente ao termo “qualquer”, este realça o alcance da protecção da norma que proíbe esta categoria de crimes, revelando dever ter-se por assente que nenhum grupo da população civil está arredado da mesma²¹. Encontrando esta expressão uma conexão estreita com o vocábulo “civil”, pode igualmente reconhecer-se, nela, a sugestão de uma interpretação em sentido amplo daquele conceito²². A referência à “população”, por sua vez, remete para o carácter colectivo dos crimes contra a humanidade, categoria de ilícitos que não comporta actos levados a cabo de modo isolado. O ataque não terá, contudo, de atingir a totalidade da população do território no qual é perpetrado, afigurando-se, antes, determinante a verificação da prática do mesmo contra uma “população”, ao invés de visar um pequeno número de indivíduos seleccionado de forma aleatória²³.

19 Cf. *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000 (disponível em <https://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 203. *Vide* Ambos/Wirth, “The Current,” 19.

20 *Vide*, a este respeito, Ambos/Wirth, “The Current,” 19.

21 Cf., a este nível, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 635, e *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 February 2001, par. 423. *Vide* Mohamed Elewa Badar, “From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes Against Humanity”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 5, Issue 1 (2004), 73-144 (disponível em <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1228&context=ilj> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 101 e 103.

A expressão “qualquer população civil” constava, já, da Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional, tendo então a aposição da palavra “qualquer” visado afirmar que o Direito internacional protegia, a este nível, a população civil do Estado envolvido na prática de crimes contra a humanidade e os civis de territórios que se achassem submetidos ao seu controlo – cf. Almeida, *Os Crimes*, 343 e 344.

22 Cf. Ambos/Wirth, “The Current,” 22.

23 Cf., *v.g.*, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 644, e *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, ICTR Trial Chamber I, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 June 2001 (disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/>

Resta-nos, nesta sede, analisar o significado do termo “civil”. Atendendo à jurisprudência do Tribunal Penal Internacional na matéria, vemos que, no quadro do caso *Bemba*, a *Pre-Trial Chamber II* do TPI distinguiu a população civil, baseando-se no Direito internacional humanitário, como aquela formada por todos os civis, por contraposição aos membros das forças armadas e demais combatentes legítimos²⁴. No caso *Katanga*, a *Trial Chamber II*, recorrendo à mesma enunciação, adoptou de forma explícita os conceitos de “civil” e “população civil” presentes nos n.ºs 1 e 2 do Art. 50.º do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra²⁵. Regressando ao caso *Bemba*, aludimos ainda à decisão referente ao julgamento em primeira instância, na qual a *Trial Chamber III* do Tribunal considerou a noção de “população civil” inscrita no Art. 50.º do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra como integrando o costume internacional e assumindo pertinência em matéria de crimes contra a humanidade²⁶.

Sobre a tendência revelada pelo TPI, diremos que a noção de “civil” (por oposição à de “combatente”) encontra a sua esfera natural de aplicação no Direito internacional humanitário – que cuida, como sabemos, de situações nas quais se verifica um conflito armado, internacional ou interno. Deste modo, seria conveniente que a norma que proíbe a prática de crimes contra a humanidade apresentasse uma outra redacção, permitindo a extensão da

English/Judgement/NotIndexable/ICTR-95-01A/MS34186R0000621573.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 80. Sobre o assunto, veja-se Badar, “From the Nuremberg,” 105, e Almeida, *Os Crimes*, 344.

24 Cf. *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 78. A este respeito, veja-se Leila Nadya Sadat, “Putting Peacetime First: Crimes Against Humanity and the Civilian Population Requirement”, *Emory International Law Review*, Vol. 31, Issue 2, 2017, 197-269 (disponível em <https://scholarlycommons.law.emory.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1171&context=eilr> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 230.

25 Cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1102. *Vide* Sadat, “Putting Peacetime,” 231.

26 *Vide Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber III, Case No. ICC-01/05-01/08, 21 March 2016 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_02238.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 152. Cf. Sadat, “Putting Peacetime,” 231.

respectiva protecção a qualquer população que fosse afectada por um ataque (generalizado ou sistemático) – uma vez que estes crimes podem ser cometidos em tempo de paz²⁷.

Não podemos, contudo, escamotear o facto de o Estatuto de Roma prever a condição de realização do ataque contra uma população “civil”. Atendendo a esta circunstância, cremos que a expressão “civil” constante do Estatuto de Roma deverá ser interpretada de forma ampla, de modo a abranger todos os indivíduos protegidos pelo Art. 3.º comum às Convenções de Genebra²⁸, e valorando, mais do que o estatuto formal das pessoas atingidas, a sua situação particular ao tempo da prática dos crimes²⁹. Em conclusão, julgamos que o Tribunal Penal Internacional vem apresentando uma interpretação do termo “civil”, presente no Art. 7.º/1 do Estatuto de Roma, em moldes demasiadamente restritivos; quanto a nós, o TPI deveria, antes, atribuir especial peso ao estabelecimento da competência do Tribunal para o julgamento de crimes contra a humanidade praticados em tempo de paz, detendo-se sobre o problema do sentido a atribuir, em tal contexto, ao conceito de “civil”³⁰.

27 Antonio Cassese considerou que o requisito da prática dos crimes contra a humanidade contra civis se encontrava desprovido de sentido, dado reconhecer-se que os mesmos poderiam ocorrer em tempo de paz – cf. Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 90. *Vide* Leila Nadya Sadat, “Putting Peacetime,” N. 17, 201. Dando conta da inaplicabilidade, em tempo de paz, das normas respeitantes à diferenciação entre civis e não-civis e defendendo a adopção de um entendimento autónomo para a noção de “população civil” contida no n.º 1 do Art. 7.º do Estatuto do TPI, cf. Sadat, “Putting Peacetime,” 200 e 201.

28 No seio do caso *Tadić*, a *Trial Chamber* do TPIJ afirmou que, apesar de a definição de “civis” presente naquela disposição não ser directamente transponível para o plano dos crimes contra a humanidade, a mesma poderia revelar-se de valia neste campo – cf. *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 639. *Vide* Ambos/Wirth, “The Current,” 25, e Sadat, “Putting Peacetime,” 214.

29 Cf., neste sentido, *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, par. 214. Cf., ainda, no âmbito da jurisprudência do TPIR, *v.g.*, *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgment, ICTR Trial Chamber I, Case No. ICTR-95-1A-T, 7 June 2001, par. 79, e *Prosecutor v. Bisengimana*, Judgment and Sentence, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-00-60-T, 13 April 2006 (disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-00-60/MS40092R0000549941.PDF> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 49. *Vide*, a este respeito, Sadat, “Putting Peacetime,” 215 e 226, e Ambos/Wirth, “The Current,” 25. Note-se que o TPIJ adoptou, num momento inicial, um entendimento amplo do termo “civil”, do qual se desviou posteriormente – assumindo grande relevo, nesta mudança de paradigma, a decisão da Câmara de Recurso relativa ao julgamento do caso *Blaškić*. Sobre o assunto, *vide* Sadat, “Putting Peacetime,” 214-222.

30 Cf. Sadat, “Putting Peacetime,” 232.

No âmbito desta caracterização sumária dos crimes contra a humanidade, pretendemos, de seguida, abordar a sua dimensão subjectiva (*mens rea*). A este nível, começaremos por salientar a necessidade de analisar a *mens rea* destes crimes quer sob o prisma da particular ofensa levada a cabo pelo perpetrador, quer sob o ângulo do contexto mais vasto do ataque (generalizado ou sistemático) contra uma população civil; se aquele plano convoca a prova de que o indivíduo agiu com o dolo exigido para a específica infracção, o segundo remete-nos, nos termos do Art. 7.º/1, *in fine*, do Estatuto de Roma, para o respectivo conhecimento do mencionado contexto³¹.

Concentrando-nos no requisito do “conhecimento”, por parte do perpetrador, do ataque executado contra a população civil, e sem nos determos aprofundadamente sobre o mesmo, diremos que não é necessária prova relativa ao conhecimento detalhado do ataque por parte do infractor. A este respeito, o parágrafo 2 da Introdução relativa aos crimes contra a humanidade no âmbito dos Elementos dos Crimes afasta a necessidade de prova do conhecimento, por parte do perpetrador, de todos os traços do ataque³² ou dos pormenores do plano ou da política estadual ou da organização. Considerando a jurisprudência do TPIJ, verificamos que, no seio do caso *Blaškić*, a *Trial Chamber* do Tribunal assinalou, *inter alia*, enquanto critérios indicativos do conhecimento, por parte do indivíduo infractor, do ataque no qual os seus actos se inseriam: o contexto histórico e político no qual os actos de violência se sucediam, as funções exercidas pelo acusado aquando da prática dos actos, as suas responsabilidades no quadro da hierarquia política ou militar, e a dimensão e a gravidade dos actos³³.

31 Cf. Almeida, *Os Crimes*, 334. Realçando este aspecto da dimensão subjectiva dos crimes contra a humanidade, *vide Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 656, assim como *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, par. 133.

32 Este dado tem sido sublinhado pelo *case-law* internacional – cf., *v.g.*, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 February 2001, par. 434. *Vide* Ambos/Wirth, “The Current,” 41, e Almeida, *Os Crimes*, 335 e 336.

33 Cf. *Prosecutor v. Blaškić*, Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, par. 259. *Vide* Badar, “From the Nuremberg,” 120.

Importa sublinhar, ainda nesta sede, que o conhecimento do ataque contra a população civil não implica que o perpetrador esteja ciente de que os seus actos se inserem, juridicamente, na categoria dos crimes contra a humanidade; assim, não poderá aquele furtar-se à sua responsabilidade mediante a invocação do desconhecimento de tal aspecto³⁴. Afirmaremos, nesta matéria, serem irrelevantes, para efeitos do apuramento da responsabilidade do perpetrador, as respectivas concepções morais ou a sua percepção do Direito internacional³⁵. O Estatuto de Roma corrobora esta perspectiva, ao afirmar, no n.º 2 do Art. 32.º, que “[u]m erro de direito sobre se determinado tipo de conduta constitui crime da competência do Tribunal não será considerado fundamento de exclusão da responsabilidade penal”³⁶.

Finalizando a nossa breve passagem pela dimensão subjectiva dos crimes contra a humanidade, damos conta da irrelevância, neste âmbito, dos motivos do indivíduo infractor. Este tópico foi sublinhado pela *Appeals Chamber* do TPIJ no contexto do caso *Tadić*, a qual reverteu a posição apresentada pela *Trial Chamber* na matéria^{37/38}.

Abordados alguns dos traços característicos dos crimes contra a humanidade, à luz do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, propomos analisar, de seguida, o elemento da acção ou política estadual ou de uma organização, inerente a este grupo de crimes.

34 *Vide*, neste sentido, *R. v. Finta*, Judgment, Supreme Court of Canada, Case number: 23023, 23097, 24 March 1994 (disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1124/1/document.do> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 706 e 820 – caso referido pelo TPIJ em *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 657. Cf., sobre o assunto, Badar, “From the Nuremberg,” 118.

35 *Vide* Almeida, *Os Crimes*, N. 664, 332 e 333.

36 Exceptuam-se as situações em que não se vislumbra o elemento mental requerido para o crime e aquelas relacionadas com a figura da obediência a ordens superiores (Art. 33.º do Estatuto). Cf. Badar, “From the Nuremberg,” N. 235, 118.

37 Cf. *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, pars. 656 e 659.

38 *Vide*, sobre o assunto, DeGuzman, “The Road from Rome,” 388-392. Os motivos assumem relevância no momento da aplicação da pena ao perpetrador, podendo afingar-se como factores de mitigação ou agravamento da sanção – cf. *Prosecutor v. Tadić*, Judgment, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A, 15 July 1999, par. 269.

2.1. O ELEMENTO DA ACÇÃO OU POLÍTICA ESTADUAL OU DE UMA ORGANIZAÇÃO

Nos termos da alínea a) do n.º 2 do Art. 7.º do Estatuto de Roma, para os efeitos do n.º 1 do artigo, entende-se por “ataque contra uma população civil” “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos” presentes naquele preceito “contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política”. A densificação da expressão “ataque contra uma população civil” aqui operada remete-nos para o relevante e debatido elemento político dos crimes contra a humanidade, o qual pretendemos tratar – ainda que de forma sumária – nas próximas linhas do nosso texto.

Antes de nos determos sobre o referido elemento, fazemos apenas notar, sobre a menção efectuada à “prática múltipla de actos” contra uma população civil, que a mesma nos reporta para a dimensão dos crimes contra a humanidade, sugerindo o afastamento, desta categoria de ilícitos, de actos levados a cabo de forma isolada ou de pequena expressão, sem o patamar de severidade que caracteriza os crimes internacionais³⁹.

Foquemo-nos, agora, no controvertido elemento político dos crimes contra a humanidade. E, nesta esfera, comecemos por assinalar que, embora a sua expressa menção no Estatuto de Roma seja inovadora no âmbito do Direito internacional penal positivo⁴⁰, o mesmo foi reconhecido pelo *case-law* do pós-Segunda Guerra Mundial⁴¹. Também nos trabalhos da Comis-

39 No quadro do caso *Bemba*, a *Pre-Trial Chamber II* do TPI aludiu, a propósito da passagem referida, à comissão de mais do que alguns incidentes isolados ou actos referidos no n.º 1 do Art. 7.º do Estatuto do Tribunal – cf. *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, par. 81. *Vide*, a este respeito, Tilman Rodenhäuser, *Organizing Rebellion: Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law, Human Rights Law, and International Criminal Law* (Oxford University Press, 2018), N. 135, 273. A expressão em apreço foi seleccionada em detrimento da formulação “comissão de múltiplos actos”, uma vez que esta, segundo alguns dos Estados participantes na Conferência de Roma, poderia ser interpretada como exigindo a prática de diferentes espécies de actos – cf. Herman von Hebel/Darryl Robinson, “Crimes within,” 95.

40 Cf. Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 263.

41 Cf. *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal – Nuremberg – 14 November 1945 – 1 October 1946*. Nuremberg, Germany, 1947, Volume I (disponível em <https://>

são de Direito Internacional observamos traços condicentes com a ideia de uma actuação de um Estado ou de uma organização subjacente à prática dos crimes contra a humanidade: se, no Art. 2.º (11) do Projecto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1954, encontramos o requisito da comissão de actos desumanos “pelos autoridades de um Estado ou por pessoas privadas actuando sob a instigação ou com a tolerância de tais autoridades”⁴², o Projecto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1996 reconhece, como crime contra a humanidade, qualquer um dos actos listados no respectivo Art. 18.º, levado a cabo de forma sistemática ou em larga escala e “instigado ou ordenado por um Governo ou por qualquer organização ou grupo”⁴³.

Atentando na jurisprudência dos Tribunais penais internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, diremos, primeiramente, que, apesar de os seus diplomas constitutivos não contemplarem qualquer menção ao elemento da acção ou política, as respectivas decisões focaram o referido ponto no quadro dos crimes contra a humanidade. E, nesta sede, o facto de a CDI ter relacionado a existência de uma política com a sistematicidade do ataque – referindo-se à mesma como uma das formas de revelação desta característica, mas não a incorporando no traço da generalidade⁴⁴ – teve um forte impacto no *case-law* dos Tribunais *ad hoc*. As decisões do TPIJ e do TPIR mostraram-se, com efeito, penumbrosas na matéria, ora ligando a ideia de existência de uma política ao traço da sistematicidade do ataque, ora aludindo à dimensão política como elemento autónomo dos crimes contra a humanidade, e,

tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/2011525338_NT_Vol-I/2011525338_NT_Vol-I.pdf – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 254. *Vide* Robinson, “Defining,” 48 e 49, Badar, “From the Nuremberg,” 112, e DeGuzman, “The Road from Rome,” 369 e 370. Sobre as decisões de tribunais nacionais que se referiram à acção do Estado como factor preponderante dos crimes contra a humanidade, *vide* Robinson, “Defining,” 49 e 50, Badar, “From the Nuremberg,” 112 e 113, DeGuzman, “The Road from Rome,” 370, e Steven R. Ratner/Jason S. Abrams/James L. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (Oxford University Press, Third Edition, 2009), 68 e 69.

42 Cf. Ambos/Wirth, “The Current,” 26.

43 *Vide* Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 236-238.

44 Cf., a este respeito, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May – 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10, U.N. Doc. No. A/51/10, p. 47 – Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Article 1., Commentary – (3).*

portanto, de verificação obrigatória, independentemente do carácter sistemático ou generalizado do ataque levado a cabo contra a população civil⁴⁵.

Entre as pronúncias do TPIJ, encontramos mesmo casos nos quais o Tribunal rejeitou o elemento político como componente dos crimes contra a humanidade. No caso *Krnjelac*, a *Trial Chamber II* afirmou não existir, no Direito internacional consuetudinário, um requisito de ligação dos actos integrantes de crimes contra a humanidade a uma política ou a um plano; considerou, ainda assim, que a existência de uma política ou um plano poderia ser importante no tocante à determinação das características da generalidade ou da sistematicidade do ataque e da relação entre os actos praticados e este ataque⁴⁶. No caso *Kunarac et al.*, de forma semelhante, a *Appeals Chamber* negou a necessidade de prova da existência de uma política ou de um plano ao nível do Direito internacional costumeiro ou do Estatuto do Tribunal, admitindo a valia da mesma para o estabelecimento da realização de um ataque contra uma população civil e para a determinação das características da generalidade ou da sistematicidade – particularmente no que se refere a esta última –, verdadeiros elementos dos crimes contra a humanidade^{47/48}.

45 Cf., a título de exemplo, *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, pars. 644, 648, 653 e 655. *Vide*, sobre o assunto, DeGuzman, “The Road from Rome,” 373. Segundo a autora, o TPIJ, apercebendo-se, porventura, da instabilidade do raciocínio desenvolvido, afirmou que, embora persistissem dúvidas relativamente à obrigatoriedade de verificação do elemento da política, as provas apresentadas no caso em apreço apontavam, nitidamente, para a existência de uma política subjacente ao ataque – cf. *Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 653, e DeGuzman, “The Road from Rome,” 373. Também o TPIR, no quadro do caso *Kayishema and Ruzindana*, se referiu à noção de “política”, quer a respeito do carácter sistemático do ataque, quer enquanto requisito dos crimes contra a humanidade – *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, pars. 123 e 124. *Vide*, na matéria, Yves Hamuli Kabumba, “L’élément politique des crimes contre l’humanité: État des lieux de la jurisprudence de la Cour pénale internationale”, *The Canadian Yearbook of International Law / Annuaire Canadien de Droit International*, Vol. 52 (October 2015), 223-259 (acesso em <https://doi.org/10.1017/cyl.2015.1> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 238.

46 Cf. *Prosecutor v. Krnjelac*, Judgment, ICTY Trial Chamber II, Case No. IT-97-25-T, 15 March 2002 (disponível em <https://www.refworld.org/cases,ICTY,414806c64.html> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 58.

47 Cf. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002, par. 98. Cf. Kabumba, “L’élément politique,” 239, e Leila Nadya Sadat, “Crimes Against Humanity in the Modern Age”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 2 (April 2013), 334-377, 346.

48 Alguns autores têm vindo a defender a inexistência, no campo dos crimes contra a humanidade, de um requisito relativo à prossecução de uma política, considerando o plano do Direito

Registadas as diferentes perspectivas relativamente ao conceito de “política” presentes na jurisprudência dos tribunais internacionais *ad hoc* – inevitavelmente geradoras de dúvidas quanto à sua configuração no âmbito dos crimes contra a humanidade –, importa agora regressar ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e ao respectivo *case-law*, verificando os contributos dos mesmos para a matéria em apreço.

Focando o Estatuto do TPI, deixamos, primeiramente, um relance sobre os trabalhos preparatórios do diploma. Observando os Relatórios elaborados pelo Comité Preparatório para a Instituição de um Tribunal Penal Internacional em 1996 e 1997, concluímos que a noção de “política” surge, aqui, associada ao carácter sistemático do ataque⁴⁹. A menção à acção ou política, como elemento autónomo dos crimes contra a humanidade, surgiu já na fase final da Conferência Diplomática que resultou na adopção do Estatuto.

Com efeito, o texto do Art. 7.º/2-a) foi lavrado com base numa proposta da delegação canadiana, elaborada com o intuito de se fixar um compromisso entre os defensores da consagração cumulativa dos requisitos da generalidade e da sistematicidade do ataque e aqueles que advogavam uma enunciação em termos alternativos. A inserção do elemento político no Estatuto de Roma permitiu, pois, firmar o carácter alternativo das caracte-

internacional consuetudinário – cf., *v.g.*, Guénaël Mettraux, “Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 43, No. 1 (Winter 2002), 237-316, 270-282, e Matt Halling, “Push the Envelope – Watch It Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes against Humanity”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (December 2010), 827-845 (acesso em <https://doi.org/10.1017/S0922156510000397> – último acesso a 27 de Outubro de 2023). Para uma crítica da visão apresentada por Matt Halling, e sustentando a importância daquele elemento, cf. William A. Schabas, “Prosecuting Dr Strangelove, Goldfinger, and the Joker at the International Criminal Court: Closing the Loopholes”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (December 2010), 847-853 (disponível em <https://doi.org/10.1017/S0922156510000403> – último acesso a 27 de Outubro de 2023). Cf., igualmente, a respeito da relevância do elemento concernente à política no seio dos crimes internacionais, e criticando o tratamento conferido à matéria pelo TPIJ, William A. Schabas, “State Policy as an Element of International Crimes”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, No. 3 (Spring 2008), 953-982 (disponível em <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7299&context=jclc> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), em especial, 958-965. *Vide*, ainda, sobre o assunto, Francisco Ferreira de Almeida, “Codificação e Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional Penal”, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVIII, Tomo II (2012), 605-638, pp. 632 e 633.

49 *Vide* Kabumba, “L’élément politique,” p. 240.

rísticas do ataque contra a população civil – exigindo-se que este fosse levado a cabo em larga escala ou de modo sistemático –, sem, contudo, deixar de assegurar a exclusão, da categoria dos crimes contra a humanidade, de actos perpetrados de modo isolado e aleatório⁵⁰.

Importa que olhemos, agora, ao parágrafo 3 da Introdução referente aos crimes contra a humanidade no âmbito dos Elementos dos Crimes, nos termos do qual o elemento político pressupõe que o Estado ou a organização “promova ou encoraje activamente” o ataque contra a população civil. Verificamos, pois, que a referida disposição arreda a possibilidade de o elemento político ser revelado pela tolerância do Estado ou da organização relativamente à prática de violações enquadráveis na categoria dos crimes contra a humanidade. O afastamento desta hipótese deveu-se aos receios de vários Estados árabes e asiáticos de que a respectiva consagração pudesse conduzir à criminalização da inacção estadual a respeito de algumas práticas tradicionais. Em face da perspectiva oposta dos Estados ocidentais na matéria, foi conseguido um compromisso, assente na aposição de uma nota de rodapé ao diploma (n.º 6), na qual se afirma que a política do Estado ou da organização pode ser colocada em prática, em circunstâncias excepcionais, através de uma abstenção deliberada de agir, conscientemente dirigida ao encorajamento do ataque; afirma-se ainda, nesta sede, que a existência de uma tal política não pode ser estabelecida somente com base na ausência de acção por parte de um governo ou de uma organização⁵¹.

Não poderemos deixar de criticar o texto constante dos Elementos dos Crimes na matéria ora visada, fundamentando, de seguida, a nossa posição. Analisando o Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma, verificamos que a dimensão política se conecta com o “ataque contra uma população civil”, característico dos crimes contra a humanidade. Sabemos que este ataque terá de ser levado a cabo de forma generalizada ou sistemática, afigurando-se,

50 Cf. Rodney Dixon, “Article 7 – Crimes against humanity – B. Analysis and interpretation of elements – I. Paragraph 1: List of crimes – 1. Chapeau,” in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article*, ed. Otto Triffterer (Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), pp. 122 – 129, pp. 123 e 127. *Vide*, ainda, Sadat, “Crimes Against Humanity,” p. 353, Kabumba, “L’élément politique,” pp. 240 e 241, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, pp. 253 e 254.

51 Cf. Almeida, *Os Crimes*, p. 328, e Ambos/Wirth, “The Current,” p. 33.

portanto, suficiente, a presença de um só destes traços – o da generalidade ou o da sistematicidade – para que o mesmo possa ser visto sob o prisma daquele grupo de crimes.

Assim sendo, revela-se necessária a articulação entre a indispensável existência de uma política estadual ou de uma organização – aspecto que, encontrando-se ligado à noção de “ataque”, estará presente em todos os crimes contra a humanidade – e a possibilidade de o ataque contra a população civil apresentar a nota da generalidade – comportando uma grande dimensão, nomeadamente, em número de vítimas –, e não a da sistematicidade – sem evidenciar, pois, um padrão de actuação ou um plano detalhado tendente à sua prossecução. Cremos que a harmonização entre os dois pontos identificados terá de ser efectuada atendendo-se à intensidade do envolvimento do Estado ou da organização na realização do ataque. Assim, num ataque generalizado (e não sistemático), a política subjacente não se traduzirá na direcção ou no apoio activos – condicentes com a característica da sistematicidade –, mas na ausência de uma actuação que detenha o ataque, isto é, na tolerância do mesmo⁵².

Ora, o texto vertido nos Elementos dos Crimes parece não reconhecer a descrita necessidade de compatibilização entre os dois tópicos identificados. Não se coaduna, ademais, com a realidade verificada, uma vez que, frequentemente, a política – estadual ou de uma organização – se consubstancia numa ausência de acção com o objectivo de apoiar ataques contra uma população civil ou, até, na manutenção de um ambiente favorável ou de aceitação relativamente à prática de crimes contra a humanidade⁵³. Note-se ainda que, de acordo com o previsto nos Elementos dos Crimes (na referida nota de rodapé n.º 6), a existência de uma política não pode ser depreendida somente a partir da ausência de acção por parte de um gover-

52 Cf. Ambos/Wirth, “The Current,” 31-33.

53 A jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc* afirmou a possibilidade de o elemento político se efectivar através da tolerância relativa à comissão de crimes contra a humanidade por parte do Estado ou da organização em causa, referindo-se, designadamente, à possibilidade de adopção de uma política de modo implícito ou não formalizado – situação que se conjuga com uma postura de aquiescência relativamente àquelas condutas. Cf., em especial, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000 (disponível em <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), pars. 551, 552 e 555. Sobre o assunto, veja-se Ambos/Wirth, “The Current,” 32, e Almeida, *Os Crimes*, 328 e 329.

no ou de uma organização, asserção que, face ao até agora exposto, temos por indesejável⁵⁴.

Vejamos, agora, o modo como a jurisprudência do TPI se tem pronunciado sobre o elemento político. A este propósito, diremos que, apesar da inequívoca consagração da dimensão política enquanto elemento autónomo dos crimes contra a humanidade no seio do Estatuto de Roma e da adopção, neste diploma, da enunciação disjuntiva entre a generalidade e a sistematicidade do ataque contra a população civil, algumas decisões do Tribunal têm revelado um tratamento pouco claro da questão da distinção entre a sistematicidade do ataque e o elemento político daquela categoria de crimes⁵⁵.

Neste contexto, destacamos a relevância do caso *Ruto et al.*, no qual a *Pre-Trial Chamber II* do TPI reconheceu a diferença entre o elemento político e a existência de um plano, embora tenha considerado haver uma justaposição, no caso versado, entre as duas esferas⁵⁶. Esta instância mencionou a possibilidade de a instituição de uma política ser levada a cabo através de uma abstenção deliberada de agir, conscientemente dirigida ao encorajamento do

54 *Vide*, a este respeito, Almeida, *Os Crimes*, 329. Rejeitando a validade jurídica da formulação presente nos Elementos dos Crimes, dado o seu desalinhamento em relação ao texto do Estatuto do TPI – não se respitando, assim, o conteúdo do Art. 9.º/3 do diploma –, cf. Ambos/Wirth, “The Current,” 33.

55 Cf. *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Decision on the confirmation of charges, ICC Pre-Trial Chamber I, Case No. ICC-01/04-01/07, 30 September 2008 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_05172.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), pars. 396 e 397, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Pre-Trial Chamber III, Case No. ICC-01/05-01/08, 10 June 2008 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2008_04180.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 33, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, par. 81, *Prosecutor v. Gbagbo*, Decision on the Prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo, ICC Pre-Trial Chamber III, Case No. ICC-02/11-01/11, 30 November 2011 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_05368.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 37, e *Prosecutor v. Ntaganda*, Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-02/06, 13 July 2012 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07506.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), pars. 19 e 24. *Vide*, na matéria, Kabumba, “L’élément politique,” pp. 246 a 249, e Sadat, “Crimes Against Humanity,” N. 186, 361.

56 Cf. *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09-01/11, 23 January 2012 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_01004.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 209. *Vide* Kabumba, “L’élément politique,” 249 e 250.

ataque⁵⁷, não efectuando qualquer alusão ao carácter excepcional desta hipótese, inscrito no texto dos Elementos dos Crimes (na referida nota de rodapé n.º 6).

Considerando o caso *Gbagbo*, vemos que a *Pre-Trial Chamber I* do TPI afirmou, em linha com o *case-law* do Tribunal, que, perante um ataque caracterizado por um planeamento, uma direcção ou organização, verificar-se-ia o elemento político, não se requerendo a adopção de uma política de modo formal⁵⁸. Afirmou também aquela *Chamber* que as noções de política e de ataque sistemático implicavam um determinado grau de planeamento do ataque, podendo a prova relativa a esta componente suportar o reconhecimento da existência das duas vertentes; todavia, sublinhou a *Chamber*, não deveria haver lugar a uma confusão entre as referidas noções, pois, em conformidade com o Art. 7.º/1 e 2-a) do Estatuto de Roma, estas serviam fins distintos e envolviam contornos diferenciados⁵⁹. Apesar de ter focado este aspecto, a *Pre-Trial Chamber I* do TPI não apontou os factores de distinção entre os dois conceitos⁶⁰.

Observando agora o caso *Katanga*, verificamos que a *Trial Chamber II* do Tribunal afirmou que a “política”, para efeitos do previsto no Art. 7.º/2-a) do Estatuto do Tribunal, respeitava à circunstância de o Estado ou a organização pretender cometer um ataque contra uma população civil, por meio de um comportamento activo ou de uma abstenção deliberada de agir, não se requerendo a verificação de um qualquer plano formal de adopção da mesma⁶¹. Relativamente a este ponto, aliás, a *Trial Chamber II* focou o facto de a adopção e implementação de um projecto ou plano predeterminado, tendente a

57 Cf. *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, par. 210.

58 Cf. *Prosecutor v. Gbagbo*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, ICC Pre-Trial Chamber I, Case No. ICC-02/11-01/11, 12 June 2014 (disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_04777.PDF – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 215. Vide Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 263 e 264.

59 Vide *Prosecutor v. Gbagbo*, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, ICC Pre-Trial Chamber I, Case No. ICC-02/11-01/11, 12 June 2014, par. 216.

60 Cf. Kabumba, “L’élément politique,” 253.

61 Cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1108.

incentivar o ataque contra a população civil, constituir um fenómeno raro; considerou, pois, ser possível afirmar a presença da dimensão política com base, designadamente, na verificação de uma repetição de actos ou de uma mobilização envolvendo uma preparação e coordenação por parte do Estado ou da organização⁶².

Relativamente à sistematicidade do ataque, a *Chamber* caracterizou este traço como comportando uma ideia de organização e implicando a existência de uma política. No entanto, segundo esta instância, tal não conduziria à confusão entre a noção de “política” e a nota da sistematicidade, o que se revelaria inconciliável com a enunciação alternativa entre os atributos da generalidade e da sistematicidade do ataque presente no Estatuto de Roma⁶³ e com o facto de a noção de “política” surgir, no Art. 7.º/2-a) do diploma e nos Elementos dos Crimes, ligada à própria definição do ataque contra a população civil – independentemente do seu carácter generalizado ou sistemático⁶⁴. Com efeito, requerendo ambos os conceitos uma conexão dos actos individuais com um sistema mais vasto, a característica da sistematicidade denotaria a existência de um padrão de conduta ou a prática repetida de actos de violência relacionados entre si, podendo a política ser estabelecida somente através da prova de que o Estado ou a organização almejava a execução de um ataque contra uma população civil. A *Chamber* afirmou, por conseguinte, que a sistematicidade do ataque excedia a existência de uma política orquestrada contra uma dada comunidade⁶⁵.

Sublinhamos a importância desta decisão enquanto sede de reconhecimento da independência do elemento político perante o carácter sistemático do ataque, compatibilizando a necessária verificação da existência de uma acção ou política com a formulação disjuntiva entre a generalidade e a sistematicidade do ataque.

62 Cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1109. *Vide*, na matéria, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 275.

63 Cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1112.

64 *Ibidem*, par. 1115.

65 *Ibidem*, pars. 1112 e 1113. *Vide* Kabumba, “L’élément politique,” 253 e 254, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 265.

Pretendendo, de seguida, olhar ao significado do termo “organização” no âmbito do elemento político dos crimes contra a humanidade, deixamos um último apontamento sobre o modo de articulação entre a presença deste elemento e o carácter alternativo das características da generalidade e da sistematicidade do ataque. Diremos, a este nível, que, podendo afirmar-se que os ataques generalizados ou em larga escala se destacam pela sua dimensão ou pelo elevado número de vítimas que provocam, e que nos ataques sistemáticos sobressai, antes, a presença de um padrão reiterado de actuação ou de um plano delineado de forma meticulosa com o propósito de atingir uma população civil, verificamos, na prática, ser altamente improvável a concretização de um ataque em larga escala desprovido de uma organização ou planificação prévia, ainda que frágil⁶⁶. Em ambos os casos, o ataque obedecerá a uma política – componente de todo e qualquer crime contra a humanidade –, mesmo que esta consista na mera tolerância dos actos que o enformam⁶⁷.

Podemos, pois, concluir que o Estatuto de Roma reflecte a adopção de um compromisso: optando-se pela prova do carácter generalizado do ataque, não deixará de verificar-se a existência de uma política, impedindo-se a inclusão, no seio dos crimes contra a humanidade, de actos sem qualquer ligação entre si; optando-se, antes, pela prova do carácter sistemático do ataque, terá de se verificar que este apresenta uma certa dimensão – dado que o ataque consiste num comportamento que envolve a prática múltipla de actos contemplados no Art. 7.º/1 do Estatuto. Deste modo, apesar de apresentar uma formulação disjuntiva no tocante aos atributos da generalidade e da sistematicidade do ataque, o Estatuto de Roma tempera a mesma com a definição de “ataque contra uma população civil” que oferece⁶⁸.

66 Cf. Almeida, *Os Crimes*, 324. Note-se que a *Trial Chamber* do TPIJ afirmou, no caso *Blaškić*, que um ataque generalizado que atingisse um elevado número de vítimas se baseava, via de regra, em alguma espécie de organização ou planeamento – *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-14-T, 3 March 2000, par. 207. Cf. Badar, “From the Nuremberg,” 116.

67 *Vide*, na matéria, Almeida, *Os Crimes*, 323-325.

68 Esta solução dá resposta às críticas que se levantaram relativamente à natureza alternativa da referida enunciação. Cf. Robinson, “Defining,” 51, Herman von Hebel/Darryl Robinson, “Crimes within,” 95 e 96, e Badar, “From the Nuremberg,” 116 e 142. É necessário sublinhar que a “comissão múltipla de actos” prevista no Art. 7.º/2-a) do Estatuto do TPI, remetendo, embora, para uma certa escala ou dimensão do ataque, não equivale à característica da generalidade; do mesmo modo, o traço da sistematicidade do ataque não corresponde ao elemento político. Para que sejam alcançados os

Reportando-nos à dimensão subjectiva, recordamos o facto de o par. 2 da Introdução relativa aos crimes contra a humanidade, no seio dos Elementos dos Crimes, rejeitar a necessidade de conhecimento, por parte do perpetrador, dos detalhes específicos do plano ou da política do Estado ou da organização; os Tribunais penais internacionais *ad hoc* pronunciaram-se diversas vezes no mesmo sentido⁶⁹.

Seguindo com a nossa exposição, debruçemo-nos sobre a interpretação do conceito de “organização” incluído, no quadro do Estatuto de Roma, no elemento político dos crimes contra a humanidade.

2.1.1. O CONCEITO DE “ORGANIZAÇÃO”

Caracterizado, no geral, o elemento político dos crimes contra a humanidade, ocupamo-nos, agora, do conceito de “organização” presente no Art. 7.º/2-a) do Estatuto do TPI. Começamos, neste âmbito, por observar que a perspectiva tradicional da dimensão política destes crimes apenas reconhecia a possibilidade de a mesma ser levada a cabo por um Estado, com a contribuição de diferentes partes da respectiva estrutura (*v.g.*, membros das forças armadas e das forças policiais)⁷⁰. Depois do segundo conflito global, porém, assumiu grande importância a comissão de crimes em larga escala contra civis

níveis de dimensão do ataque generalizado e de organização, planificação e/ou actuação reiterada do ataque sistemático, a intensidade destas características terá de suplantam aquela requerida, respectivamente, quanto à “múltipla comissão de actos” e à acção ou política (de um Estado ou uma organização). Cf. Herman von Hebel/Darryl Robinson, “Crimes within,” 96 e 97. Tratando da distinção entre a prova exigida para a determinação da ocorrência de um ataque e para a verificação do respectivo carácter generalizado, cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1101. *Vide* ainda, a este respeito, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 273.

69 Cf., a título de exemplo, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, Judgment, ICTR Trial Chamber II, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, par. 134, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, par. 557, *Prosecutor v. Ruggiu*, Judgment and Sentence, ICTR Trial Chamber I, Case No. ICTR-97-32-I, 1 June 2000 (disponível em <https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-32/MS16132R0000533986.PDF> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 20, e *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-14/2-T, 26 February 2001 (disponível em <https://www.refworld.org/cases,ICTY,41483e9be.html> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 185.

70 *Vide* M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (Kluwer Law International, Second Revised Edition, 1999) e, ainda, Almeida, *Os Crimes*, 314.

baseados numa política executada por agentes não estaduais, entre os quais grupos armados de civis⁷¹.

Também a Comissão de Direito Internacional reconheceu a possibilidade de a política subjacente aos crimes contra a humanidade ser operada por uma organização ou um grupo, nos Projectos de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1991⁷² e 1996⁷³. Seguindo esta linha de pensamento, no seio do caso *Tadić*, o TPIJ posicionou-se no sentido de os crimes contra a humanidade terem por subjacente uma acção de entidades que, não constituindo o governo legítimo, detivessem controlo *de facto* sobre um determinado território, ou tivessem capacidade de aí se movimentar livremente; aludia-se, aqui, às entidades que não tivessem reconhecimento internacional ou estatuto formal de Estado, bem como a grupos ou organizações terroristas⁷⁴.

Detenhamo-nos, de seguida, sobre a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, mais precisamente, sobre a decisão relativa à autorização de investigação da *Situação na República do Quénia*, a qual se afigura de grande relevo no respeitante à densificação do conceito de “organização”⁷⁵. Neste âmbito, a *Pre-Trial Chamber II* do Tribunal, atendendo à inexistência de uma delimitação

71 *Vide* Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, 274, e Almeida, *Os Crimes*, 314.

72 *Cf. Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April – 19 July 1991, Official Records of the General Assembly, Forty-sixth session, Supplement No. 10*, U.N. Doc. No. A/46/10, (disponível em https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 103 e 104 – *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Article 21., Commentary – (5)*.

73 *Cf. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May – 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10*, U.N. Doc. No. A/51/10, p. 47 – *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Article 18., Commentary – (5)*.

74 *Cf. Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997, par. 654. *Vide*, ainda, na mesma linha, *Prosecutor v. Kupreskić et al.*, Judgement, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, par. 552. *Vide*, na matéria, Ambos/Wirth, “The Current,” 26 e 27, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 243-245. Note-se que já em 1995 o TPIJ havia considerado, no âmbito do caso *Nikolić*, não se revelar necessária a conexão dos crimes contra a humanidade com uma política implementada ao nível estadual, na acepção tradicional do termo. *Cf. Prosecutor v. Nikolić*, Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, ICTY Trial Chamber, Case No. IT-94-2-R61, 20 October 1995 (disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/6e9de4/pdf> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 26 – *vide* Ambos/Wirth, “The Current,” 27, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 243.

75 Sobre o contexto subjacente a esta decisão, cf. Sadat, “Crimes Against Humanity,” 363 e 364, Claus Kress, “On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4 (December 2010), 855-873 (acesso em <https://doi.org/10.1017/S0922156510000415> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 856, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 251.

da noção no Estatuto de Roma, afirmou que o carácter formal e o grau de organização de um grupo não deveriam ser os critérios determinantes para o caracterizar como “organização” para efeitos do Art. 7.º/2-a) do diploma; essencial seria, antes, olhar à capacidade do mesmo para praticar actos que infringissem valores humanos elementares⁷⁶. A *Chamber* considerou, igualmente, que os actores não estaduais poderiam ser incluídos no conceito de “organização”, afirmando mesmo que, se os autores do Estatuto houvessem almejado afastar esse cenário, não teriam inserido aquele termo no referido preceito. Concluiu, assim, a *Chamber*, que as organizações que operassem sem qualquer ligação a um Estado poderiam delinear e colocar em prática uma política visando a execução de um ataque contra uma dada população civil⁷⁷.

O Tribunal focou, a este respeito, a necessidade da análise das circunstâncias específicas dos casos, tendo identificado vários factores cuja verificação poderia suportar a caracterização de um grupo enquanto “organização”: a existência de um comando responsável ou de uma hierarquia definida no âmbito do grupo; a existência de meios ao seu dispor possibilitando-lhe a execução de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil; o exercício de controlo, por parte do grupo, sobre uma parcela do território de um Estado; o facto de o grupo ter como principal objectivo a prática de crimes contra a população civil; a intenção do grupo – expressa ou implícita – de dirigir um ataque contra uma população civil; a pertença do grupo a um outro agrupamento mais amplo, que obedecesse a alguns ou a todos os parâmetros referidos. Estes critérios foram assinalados na qualidade de pontos de apoio, tendo a *Chamber* afirmado que os mesmos não formavam uma definição fixa e que não se requeria a verificação de todos eles para que um grupo fosse considerado uma “organização”⁷⁸.

76 Cf. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010 (disponível em <https://www.refworld.org/cases,ICC,4bc2fe372.html> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), par. 90. Vide Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 270.

77 Cf. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010, par. 92. Vide, na matéria, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 256.

78 Vide *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010, par. 93. Cf., igualmente, *Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute,

Opondo-se à extensão do conceito de “organização” saída da decisão (maioritária) da *Chamber*, o juiz Hans-Peter Kaul apresentou, na respectiva opinião dissidente, uma perspectiva menos abrangente da noção, considerando que apenas os grupos que revelassem atributos próximos daqueles manifestados pelos Estados poderiam integrar o referido conceito⁷⁹. Assim, o juiz Kaul identificou algumas características passíveis de aproximar organizações privadas do figurino estadual, a saber: a presença de uma colectividade de pessoas; constituída e operando com um objetivo comum; durante um largo período de tempo; sob um comando responsável ou obedecendo, de certo modo, a uma estrutura hierárquica, incluindo uma dada dimensão política; com a capacidade de impor a política e de determinar a aplicação de sanções aos seus membros; com capacidade e meios ao seu dispor para atacar, em larga escala, qualquer população civil⁸⁰.

Destaque-se, a este respeito, que, na lista de características apresentadas, não figura qualquer alusão à detenção de controlo sobre um determinado território. A este respeito, o juiz referiu-se à semelhança entre a noção de “organização” e a de “grupo armado organizado”, expressão concernente aos conflitos armados não internacionais que, segundo o *case-law* do Tribunal, não comportava a necessidade de verificação do exercício de controlo territorial; Hans-Peter Kaul reconheceu, ainda assim, a possibilidade de este factor acrescer aos pontos a

ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09-01/11, 23 January 2012, par. 185. *Vide* Kress, “On the Outer Limits,” 857, Almeida, “Codificação,” 634-636, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 271.

79 O juiz Hans-Peter Kaul afirmou que a justaposição das noções de “Estado” e “organização” no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma indicava que, ainda que os elementos próprios do Estado não tivessem de se encontrar estabelecidos relativamente às “organizações”, as mesmas deveriam reunir alguns daqueles traços – cf. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010 – Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, par. 51. Em sentido oposto, considerando como contrária às regras linguísticas e gramaticais a interpretação da conjunção “ou”, presente no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma, no sentido da necessidade de o segundo termo – “organização” – partilhar características com o primeiro – “Estado” –, *vide* Gerhard Werle/Boris Burghardt, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-like’ Organization?,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, Issue 5 (December 2012), 1151-1170 (acesso em <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs069> – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 1156. Cf., na matéria, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 256.

80 Cf. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010 – Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, par. 51. *Vide* Kress, “On the Outer Limits,” 862, e Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 271.

avaliar pelo Tribunal na tarefa de qualificação de um grupo como “organização” para os efeitos do disposto no Art. 7.º/2-a) do Estatuto⁸¹.

Na sua exposição, o juiz identificou, enquanto actores não estaduais não englobados, via de regra, no conceito de “organização”, os grupos ligados ao crime organizado, os grupos de civis armados e os *gangs*. Hans-Peter Kaul afirmou, a este respeito, que os grupos violentos de pessoas sem natureza permanente, constituídos de forma fortuita, para uma ocasião momentânea, com alterações relativamente aos respectivos membros e sem capacidade para implementar uma política, não poderiam ser considerados como uma “organização” para efeitos do Estatuto de Roma – mesmo que cometessem vários crimes de considerável gravidade e que o fizessem de forma organizada. Isto porque, de acordo com o juiz, não era a crueldade ou a magnitude de um crime que o transmutava num *delictum iuris gentium*, mas, antes, os elementos contextuais envolvendo a ofensa criminal⁸².

Hans-Peter Kaul concluiu que o argumento, patenteado pela maioria dos juízes na decisão considerada, de que um agente não estadual poderia integrar o conceito de “organização” desde que tivesse capacidade para praticar actos que infringissem valores humanos elementares, não era satisfatório. Segundo o juiz Kaul, esta visão, admitindo a inserção, no universo dos crimes contra a humanidade, de qualquer violação de direitos humanos, deveria ser preterida, apartando-se as violações dos direitos humanos da esfera dos crimes internacionais – delineada, tão-somente, para as mais fortes violações de direitos humanos constitutivas dos crimes de maior gravidade, passíveis de solicitar a preocupação da comunidade internacional⁸³.

A doutrina viria a dividir-se quanto ao mérito das duas perspectivas identificadas. Claus Kress considerou que a opinião dissidente do juiz Kaul apresentava, relativamente à opinião maioritária, uma maior base de fundamentação e suporte na prática internacional e em trabalhos académicos, revelando trans-

81 Cf. *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC Pre-Trial Chamber II, Case No. ICC-01/09, 31 March 2010 – Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul, N. 56, par. 51.

82 *Ibidem*, par. 52.

83 *Ibidem*, par. 53. Cf., na matéria, Sadat, “Crimes Against Humanity,” N. 221, 365 e 366, e Rodehüser, *Organizing Rebellion*, 270.

parência do ponto de vista metodológico⁸⁴. Outros autores, pelo contrário, posicionaram-se no sentido da maior pertinência da visão retida pela maioria dos juízes. Neste conspecto, Leila Nadya Sadat criticou a opinião dissidente, assinalando, enquanto pontos negativos da respectiva argumentação: a patente desconsideração dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Direito Internacional sobre a problemática em apreço, a circunstância de a mesma contradizer uma grande parte dos comentários dos peritos a respeito do sentido do Art. 7.º do Estatuto do TPI, e o respectivo alheamento face ao entendimento – revelado em vários trabalhos realizados – do elemento político como um dos diversos modos – e não a forma exclusiva – de diferenciação entre os crimes contra a humanidade e os crimes ordinários⁸⁵. Admitindo, embora, o mérito da posição adoptada pelo juiz Kaul, Darryl Robinson manifestou-se no sentido da maior valia da perspectiva maioritária; o autor afirmou que esta visão era condizente com a doutrina e com uma adequada teoria dos crimes contra a humanidade, garantindo a centralização das atenções nas ameaças à paz, à segurança e ao bem-estar, e uma apropriada repartição de competências e recursos entre as esferas nacional e internacional⁸⁶.

Retomando a jurisprudência do TPI, observamos, no seio do caso *Katanga*, a adopção de uma posição similar àquela sustentada pela maioria dos juízes no âmbito da decisão anteriormente mencionada. Com efeito, a *Trial Chamber II* do Tribunal afirmou a ligação do conceito de “organização” ao ataque contra a população civil, considerando que a mesma implicava que aquela dispusesse de recursos e capacidade para assumir a comissão múltipla de actos prevista no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma.

A *Chamber* concluiu, assim, ser suficiente que a organização detivesse estruturas capazes de garantir a coordenação indispensável à perpetração de um ataque contra uma população civil; sendo de registar, apenas, a presença de meios que permitissem à organização promover ou apoiar o ataque, esta não teria de apresentar uma estrutura bem definida, à semelhança das enti-

84 Cf. Kress, “On the Outer Limits,” 862 e ss., em especial, 862 e 873.

85 Vide Sadat, “Crimes Against Humanity,” 368-374, em especial, 369 e 370.

86 Cf. Darryl Robinson, “Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC,” *EJIL: Talk!* – *Blog of the European Journal of International Law*, September 27, 2011 (disponível em <https://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/> – último acesso a 27 de Outubro de 2023).

dades estaduais, podendo, ao invés, consistir numa entidade privada formada por indivíduos almejando executar um ataque contra uma população civil⁸⁷. A *Chamber* afirmou, mesmo, que, exigindo-se a presença, na “organização”, de características semelhantes às dos Estados, iria contrariar-se o intuito do Tribunal de sancionar os crimes mais graves. Com efeito, tal potenciará a exclusão, daquele conceito, de entidades com responsabilidade efectiva pela perpetração de ataques passíveis de enformar crimes contra a humanidade, somente com base na suposição – avaliada pela falta de hierarquia – da respectiva incapacidade para prosseguir ou instituir uma política visando aquela perpetração⁸⁸.

Conhecendo, agora, as diferentes perspectivas que foram sendo apresentadas em torno da questão da identificação dos actores não estaduais susceptíveis de integrar o elenco dos autores dos crimes contra a humanidade – e, mais concretamente, as distintas posições reveladas no que se refere à interpretação do conceito de “organização” contido no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma –, importa que consideremos a problemática à luz de um cenário particular – o da prática de crimes contra a humanidade por actores não estaduais operando no ciberespaço.

3. A PERPETRAÇÃO DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE POR ACTORES NÃO ESTADUAIS COM RECURSO AO CIBERESPAÇO – RECONSIDERAÇÃO DO CONCEITO DE “ORGANIZAÇÃO”?

Vistos que foram os traços essenciais que caracterizam os crimes contra a humanidade, comecemos, na presente análise, por avaliar a possibilidade de estes ilícitos serem cometidos por meio da utilização do ciberespaço. Nesta sede, diremos que, não se afigurando este domínio favorável à prática de certas infracções contidas no Art. 7.º/1 do Estatuto do TPI – *v.g.*, as ofensas de violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterili-

87 Cf. *Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, par. 1119. *Vide* Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 272.

88 *Vide Prosecutor v. Katanga*, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, ICC Trial Chamber II, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, pars. 1121 e 1122. Cf., sobre este argumento, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 260 e 261.

zação à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável, constantes da alínea g) da disposição –, o mesmo pode ser equacionado como veículo de perpetração de outras ofensas ali previstas – *v.g.*, o homicídio, contemplado na alínea a) do preceito, ou o extermínio, consagrado na respectiva alínea b)⁸⁹. Com efeito, o ciberespaço pode ser pensado como esfera de concretização de ataques a infra-estruturas críticas, com o objectivo de matar ou de sujeitar uma parte da população a condições de vida – tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos – tendentes a causar a sua destruição – cumprindo-se, deste modo, a definição de “extermínio” presente no Art. 7.º/2-b) do Estatuto de Roma.

Sabemos já que os crimes contra a humanidade são cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra uma população civil. Assim, caberá examinar a possibilidade de as infracções particulares levadas a cabo com recurso ao ciberespaço preencherem os requisitos gerais da categoria de crimes considerada. Atendendo ao disposto no Art. 7.º/2-a) do Estatuto do TPI, podemos concluir que, por forma a que a conduta em questão ascenda ao patamar dos crimes contra a humanidade, terá de se verificar a “prática múltipla de actos” plasmados no n.º 1 do Art. 7.º do Estatuto. Como vimos, esta expressão remete-nos para a exclusão, daquele grupo de crimes, de actos praticados de modo isolado ou sem um patamar de gravidade que reclame a sua integração naquele âmbito.

Tendo em linha de conta a dimensão associada aos crimes contra a humanidade, cremos poder identificar duas situações em que, estando em causa uma acção levada a cabo por meios cibernéticos, se encontrará verificado o requisito em apreciação: a primeira, quando os actos praticados se enquadrarem num ataque mais amplo, executado exclusivamente através do ciberespaço ou envolvendo, igualmente – e, quiçá, maioritariamente – actos desligados deste domínio, praticados no mundo físico; a segunda, quando a conduta do indivíduo infractor consista, ela mesma, num ataque contra a população civil, composto por actos constantes do elenco dos crimes contra a humanidade (*v.g.*, um ciberataque envolvendo a prática de homicídio e de

89 Cf. Anne-Laure Chaumette, “International Criminal Responsibility of Individuals in Case of Cyberattacks,” *International Criminal Law Review*, Vol. 18, Issue 1 (February 2018), pp. 1 – 35 (disponível em https://brill.com/view/journals/icla/18/1/article-p1_1.xml?language=en&ebody=pdf-67975 – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 20.

ofensas graves à integridade física, enquadráveis no crime de “outros actos desumanos”).

Atentando na segunda hipótese considerada, acerquemo-nos das características que um ciberataque terá de revelar para constituir um “ataque” em conformidade com o estipulado no Art. 7.º – n.ºs 1 e 2-a) – do Estatuto de Roma. A propósito do carácter generalizado ou sistemático do ataque, diremos que, perante um elevado número de vítimas – realidade alcançável, *v.g.*, através da afectação de algumas infra-estruturas críticas –, se encontrará cumprido o requisito da generalidade. Poderão igualmente os ciberataques, em determinados casos, evidenciar a adopção de um padrão de actuação ou de um plano escrupulosamente desenhado contra uma “população civil”, cumprindo-se, deste modo, o requisito da sistematicidade.

Tendo por assente a necessidade de o ataque abranger uma “população”, em oposição a um restrito número de indivíduos atingidos de forma aleatória, importa que nos pronunciemos sobre o conceito de “civil” no contexto em exame. E, aqui, cremos serem decisivas as concretas ofensas sofridas pela população, em detrimento da qualificação do sistema atingido. Com efeito, não sendo possível, no ciberespaço, proceder a uma separação, em termos precisos, entre os sistemas informáticos militares e civis – podendo aqueles sistemas ser utilizados para fins civis ou militares, em simultâneo ou numa lógica de permutabilidade⁹⁰ –, julgamos que, no tocante aos crimes contra a humanidade, um ciberataque poderá ser considerado como dirigido contra uma população civil se for executado tendo em vista a produção de efeitos sobre essa população (*v.g.*, a morte de indivíduos que a integram ou a respectiva destruição).

Importa sublinhar que o ataque contra a população civil será, nos casos considerados, levado a cabo através de uma acção física do perpetrador envolvendo, apenas, o manuseamento de um sistema informático (estando,

90 Cf. Kai Ambos, “International criminal responsibility in cyberspace,” in *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, eds. Nicholas Tsagourias/Russell Buchan (Edward Elgar Publishing, 2015), 118-143 (disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412626 – último acesso a 27 de Outubro de 2023), 132. A utilização dual (para fins militares e civis) dos sistemas informáticos levanta delicados problemas no que concerne à análise dos ciberataques enquanto crimes de guerra, especificamente, ao nível do exame do (in)cumprimento do fundamental princípio da distinção entre militares e civis. Sobre esta complexa temática, *vide, ibidem*, pp. 130 a 133, bem como Droege, “Get off my cloud,” pp. 539 e 562 a 566, e Chaumette, “International Criminal Responsibility,” pp. 15 a 17.

portanto, dependente de um simples “clique”), ocorrendo os efeitos sobre a população como uma consequência – desejada – daquela acção. Afigura-se-nos, pois, adequado, neste domínio, que o foco incida sobre os efeitos pretendidos, e não sobre as características – de difícil dilucidação – dos sistemas informáticos atingidos directamente pela acção física do autor do ataque.

Regressemos, neste momento, ao elemento político dos crimes contra a humanidade, considerando, especificamente, as características que os actores não estaduais devem apresentar de modo a constituírem uma “organização”, nos termos do Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma. Vimos, a este propósito, que a dimensão política daquela categoria de crimes foi primeiramente compreendida como estando ligada a figuras estaduais, tendo, ao longo do tempo – através das circunstâncias verificadas na prática internacional, dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Direito Internacional e da jurisprudência do TPIJ –, sofrido uma transformação, no sentido do seu alargamento a actores não estaduais. Verificou-se, pois, uma extensão analógica do requisito em apreço a figuras não estaduais que, tal como os Estados, exercessem um controlo efectivo sobre uma parte do território e/ou da respectiva população, ou que nele se movimentassem sem restrições⁹¹.

Considerando o facto de o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional ter consagrado a possibilidade de o ataque contra a população civil, próprio dos crimes contra a humanidade, ter por subjacente uma política de uma “organização”, importa que atentemos, de forma especial, na jurisprudência do Tribunal sobre o significado daquele termo. E, nesta matéria, a decisão concernente à autorização de investigação da *Situação na República do Quênia* revelou a adopção de um entendimento amplo do mesmo, admitindo que actores distantes da figura do Estado o integrassem; esta visão viria a ser reafirmada no seio do caso *Katanga*.

Como tivemos oportunidade de observar, o Tribunal colocou a tónica na capacidade de perpetração, por parte dos actores não estaduais, de um ataque contra uma determinada população civil, em detrimento da sua veste formal e da respectiva estrutura organizacional. Podemos, contudo, assinalar a existência de perspectivas diferentes a este respeito, como aquela reflectida na

91 Cf. Bassiouni, *Crimes Against Humanity*, 274 e 275, Almeida, *Os Crimes*, 317 e 330, e Almeida, “Codificação,” 634.

opinião dissidente do juiz Hans-Peter Kaul apresentada no âmbito da referida decisão relativa à *Situação na República do Quénia*, reclamando a necessidade de a “organização”, para efeitos do previsto no Art. 7.º/2-a) do Estatuto do TPI, assumir uma configuração próxima do modelo estadual.

Importa, assim, que nos detenhamos sobre algumas das características mais marcantes dos grupos não estaduais susceptíveis de levar a cabo um ciberrataque contra uma população civil, bem como deste tipo de ataque, de modo a avaliarmos o impacto das mesmas ao nível da análise do conceito de “organização” inscrito no Estatuto de Roma. Neste âmbito, começaremos por salientar um traço da maior importância na análise da perpetração de crimes internacionais por meio do espaço cibernético: a “desterritorialização” deste domínio⁹². De facto, o ciberespaço desafia a ideia – central no seio do Direito internacional – de território, podendo os actos praticados através dele ter por autores indivíduos e dispositivos situados a milhares de quilómetros do território de produção dos respectivos efeitos; a este aspecto acresce o facto de os intervenientes ocultarem a sua identidade, escudando-se na anonimidade ali proporcionada⁹³. Esta situação acarreta claros problemas ao nível da responsabilização dos perpetradores que operam no ciberespaço⁹⁴, bem como no tocante à possível atribuição dos actos a entidades estaduais.

Focando-nos na categoria dos crimes contra a humanidade, podemos conceber a execução de um ciberrataque passível de configurar um ataque contra uma determinada população civil, por parte de um actor não estadual, sem qualquer controlo sobre o território ou a população afectados. Assim, uma restrição do universo das entidades susceptíveis de integrar o conceito de “organização” – para os efeitos do preceituado no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma – ao conjunto de actores não estaduais que apresente características muito próximas daquelas patenteadas pelos Estados – nomeadamente, o controlo do território e/ou da respectiva população –, não se coaduna com o cenário da perpetração de crimes contra a humanidade com recurso exclusivo ao ciberespaço.

Também ao nível da organização estes agentes apresentam diferenças consideráveis face às entidades estaduais; refira-se, aliás, que os grupos não

92 Cf. Chaumette, “International Criminal Responsibility,” 4.

93 A este propósito, *vide, ibidem*, p. 5.

94 *Ibidem*, 24 e ss.

estaduais que operam no ciberespaço detêm estruturas distintas entre si, as quais variam, nomeadamente, consoante os respectivos objectivos e dimensão⁹⁵. Um dos pontos potencialmente difíceis de verificar será o da existência de um comando responsável ou de uma hierarquia bem delineada dentro do grupo. Pensando em agrupamentos de indivíduos que estabelecem contacto no ciberespaço, podemos facilmente reconhecer a impossibilidade de manutenção de uma relação entre superiores hierárquicos e subordinados em termos idênticos à existente, no mundo físico, entre os superiores com poder de controlo concreto e aqueles que se situam numa posição inferior da cadeia hierárquica. Note-se, aliás, que esta se afigura, no espaço cibernético, de difícil definição, registando-se a ausência de uma hierarquia rígida estabelecida com base na distribuição de funções e ao longo da qual as ordens circulem⁹⁶.

Diremos, assim, que, de entre os factores sugeridos pelo TPI, a respeito da decisão relativa à autorização de investigação da *Situação na República do Quénia*, como meios de auxílio na determinação da existência de uma “organização”, os referentes à verificação de um comando responsável ou de uma hierarquia definida no seio do grupo e ao exercício de controlo do grupo sobre uma parte do território de um Estado poderão ser difíceis de vislumbrar em situações envolvendo a perpetração de infracções por parte de actores não estaduais com recurso ao ciberespaço. Assim, cremos que, neste domínio, outros critérios deverão assumir preponderância, como a circunstância de o grupo revelar a intenção de dirigir um ataque contra uma dada população civil e/ou apresentar como objectivo principal a prática de actividades criminais contra aquela população, o facto de tal grupo integrar um outro mais amplo, que possua um ou mais dos factores descritos, e, especialmente, a existência de recursos ao dispor do grupo que lhe permita levar a cabo um ataque em larga escala ou de forma sistemática contra uma população civil. Este último critério foi objecto de destaque no âmbito do caso *Katanga*, tendo a *Trial Chamber II* do TPI afirmado o carácter decisivo da capacidade da “organização” para promover ou encorajar o ataque contra a população civil, em detrimento da apresentação, por parte da mesma, de uma estrutura bem delineada.

95 Cf. Bussolati, “The Rise,” 116 e 117.

96 *Vide, ibidem*, 117, em especial, N. 98.

Julgamos que o caminho já aberto no seio da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional deverá continuar a ser trilhado pelo *case-law* internacional. Se, no domínio dos conflitos armados, se equaciona, de forma crescente, a possibilidade de entidades que operam no ciberespaço virem a ser partes em conflitos armados não internacionais⁹⁷, cremos que, no que se refere à perpetração de crimes contra a humanidade, esta hipótese deverá igualmente ser apreciada, atendendo-se, de forma particular, à capacidade daquelas entidades de praticarem actos de grande gravidade, enquadráveis na lista de infracções constante do Art. 7.º/1 do Estatuto de Roma – infracções passíveis de qualificação enquanto crimes contra a humanidade.

4. CONCLUSÃO

O trabalho aqui apresentado teve como ponto de partida a consideração da possibilidade de perpetração de crimes contra a humanidade, por parte de actores não estaduais, através do ciberespaço. Como tivemos oportunidade de observar, este é um domínio permeável à actividade de múltiplos agentes e susceptível de uma utilização visando a afectação de estruturas e serviços essenciais à sobrevivência das populações e ao funcionamento das sociedades. Assim, conseguimos, sem esforço, equacionar a hipótese do recurso ao ciberespaço como meio de prática de actos de grande gravidade, inscritos – com o conhecimento do indivíduo infractor – no seio de um ataque, generalizado ou sistemático, contra uma população civil – enquadráveis, pois, na noção de “crimes contra a humanidade” constante do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Na tentativa de apreender os aspectos fundamentais daquela categoria de crimes, debruçámo-nos sobre os seus elementos gerais, conferindo particular atenção à noção de “ataque contra uma população civil” desenvolvida no Art. 7.º/2-a) do Estatuto de Roma. Analisámos, de forma mais atenta, o elemento político aí contemplado, dando conta do debate, a nível doutrinal e jurisprudencial, que tem recaído sobre o mesmo. Sabendo subjazer, aos crimes contra a humanidade, uma política de um Estado ou de uma organização, ocupá-

97 Cf., sobre o assunto, Rodenhäuser, *Organizing Rebellion*, 104-108.

mo-nos do exame deste último conceito, tendo em vista a identificação dos traços que as entidades não estaduais teriam de reunir de modo a serem tidas como actores intervenientes ao nível da dimensão política daqueles crimes.

Vimos, nesta sede, que, a uma perspectiva inicial – patenteada em algumas decisões do TPIJ – privilegiando o critério do controlo *de facto* ou da movimentação sem restrições num dado território, se operou, já no âmbito da jurisprudência do TPI – com a decisão relativa à autorização de investigação da *Situação na República do Quênia* –, uma abertura relativamente aos parâmetros reveladores da existência de uma “organização”, ressaltando a capacidade dos actores não estaduais para suportarem a execução de ataques contra uma população civil. Esta posição não foi, porém, sufragada pelo juiz Hans-Peter Kaul, que, na sua opinião dissidente, adoptou uma perspectiva mais restritiva, cingindo a qualificação de “organização” às entidades que revelassem características próximas daquelas manifestadas pelos Estados. No seio da doutrina, as opiniões dividiram-se quanto ao mérito das visões apresentadas.

Considerando o exposto, cremos que, em face do actual estágio de desenvolvimento tecnológico, no qual o ciberespaço – marcado, nomeadamente, por uma ideia de “desterritorialização” – surge como cenário natural de movimentações, interações e actuações por parte dos mais diversos actores, a abertura manifestada pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional no tocante à interpretação do conceito de “organização” deverá prevalecer aquando da eventual análise da prática de crimes contra a humanidade, com recurso àquele domínio, por parte de entidades *não estaduais*.