O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade*

Sergio Moccia
Professor de Direito Penal na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Nápoles (Itália).

Sumário: 1. Considerações introdutórias – 2. A legalidade do direito penal substancial: 2.1 O problema da parte geral no Estatuto; 2.2 Um exemplar *vulnus* ao princípio da legalidade: a tipicidade dos crimes sobre os quais a Corte exercita a jurisdição – 3. O art. 25 do Estatuto: uma norma para vários institutos – 4. A legalidade processual e a autonomia do juiz.

Resumo: O texto trata do Estatuto do Tribunal Penal Internacional sob o ângulo do princípio da legalidade, especialmente nas vertentes da taxatividade e determinação. São destacadas as dificuldades próprias à sua observância no âmbito do direito penal internacional, dados os compromissos políticos envolvidos na elaboração de tratados internacionais. Em diversas oportunidades, o mandado de taxatividade-determinação não foi atendido na redação do Estatuto como, por exemplo, na delimitação das hipóteses de autoria e participação e na descrição dos crimes contra a humanidade e de guerra. O desatendimento ao princípio da legalidade conduz a uma ampliação insustentável da discricionariedade judicial e a uma maculação dos princípios básicos do processo penal, colocando o Estatuto em confronto com os cânones do Estado de Direito.

* Texto da palestra proferida no 9.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, out. 2003. Tradução de Heloisa Estellita (Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e Coordenadora-Chefe de Internet do IBCCRIM).

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; direito penal internacional; princípio da legalidade; princípio da taxatividade-determinação; princípio da legalidade e processo penal.

1. Considerações introdutórias

Discutir a legalidade no âmbito do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (adiante, TPI) implica não só o reconhecimento das dificuldades de uniformizar sistemas diversos, mas também no reconhecimento de problemas de sua versão em várias línguas de modo a tornar efetivamente homogênea a compreensão das disposições penais ali contidas.

Basta pensar, por exemplo, no princípio *nullum crimen sine lege*, disciplinado no art. 22 do Estatuto do TPI. Na realidade, um critério hermenêutico essencial, relativamente ao disposto no § 2[1] da supracitada norma, é fornecido pelo dado segundo o qual, entre os países aderentes, há alguns que não prevêem no seu direito interno a proibição de analogia ou a prevêem em medida um tanto diversa da dos Estados que se inspiram na estrita legalidade; em outros, não é sequer prevista a interpretação mais favorável ao acusado.

No § 1 do art. 12, está previsto o princípio da irretroatividade, mas não o da reserva de lei; além disso, a própria referência aos crimes "sobre os quais o Tribunal tem jurisdição" suscita perplexidades. Seria certamente mais correto referir-se ao *ato* que pode criar ou modificar os crimes previstos no Estatuto, ao

1. O art. 22 do Estatuto prescreve: "1. Uma pessoa não será penalmente responsável nos termos do presente Estatuto se a conduta em questão não constituía, no momento em que se verificou, um crime sobre o qual a Corte tem jurisdição.

2. A definição dos crimes é interpretada taxativamente e não pode ser estendida por analogia. Em caso de dúvida, deve ser interpretada a favor da pessoa que é objeto de uma investigação, de uma ação penal ou de uma condenação.

3. O presente artigo não impede que um comportamento seja qualificado como crime segundo o direito internacional, independentemente do quanto disposto no presente Estatuto".

invés de aos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição, representando, esta última, uma locução claramente processual. O Tribunal, de fato, como veremos, tem uma grande discricionariedade na definição das condutas, sendo que uma referência marcadamente substancial talvez tivesse conseguido exprimir melhor a idéia de que as disposições penais do Estatuto representam (ou, ao menos, deveriam representar) as exigências da comunidade internacional, devendo, necessariamente, referir-se a atos desta natureza.

Um agravamento das dificuldades ligadas a uma correta acepção do princípio da legalidade deriva, ainda, da norma inserida no art. 21, que cataloga o direito aplicável. Menciona-se, naturalmente, em primeiro lugar, a aplicabilidade das normas do Estatuto, dos elementos dos crimes e das normas de processo e prova nele contidas (§ 1, letra *a*), mas também, em segundo lugar, faz-se referência à aplicabilidade, "quando apropriada", dos "tratados aplicáveis" e dos princípios e normas de direito internacional, incluindo os princípios consolidados pelo direito internacional dos conflitos armados (§ 1, letra *b*). Na ausência destes referenciais, e, talvez, com o fim de buscar o consenso entre os Estados, deixou-se espaço para a aplicação do direito interno (§ 1, letra *c*), para a aplicação do direito dos precedentes (§ 2) e, enfim – admirável propósito –, para exaltar o papel dos direitos humanos (§ 3).

Segundo respeitável doutrina, diante dos poucos princípios de direito penal presentes no Estatuto foi acolhida a "referência aos princípios de direito nacional, cujo desenvolvimento representa um desafio para a comparação no âmbito penalístico".[2]

2. Nesse sentido, Eser, "Verso una Corte penale internazionale: nascita e fondamenti dello Statuto di Roma", *Ind. pen.*, 2002, p. 279 et seq., especialmente p. 299 (Trad. it. a cura di Fronza-Picotti) que sublinha, ainda, como a referência seja somente ao direito penal do autor, mas não também da vítima. "A este propósito, é evidente mais uma vez, que é necessário um melhoramento da posição da vítima, também em outros pontos do Estatuto, não tendo sido ainda desenvolvida em nível internacional."

Na verdade, no âmbito penalístico internacional, é difícil encontrar um ponto de equilíbrio, e não só na comparação. Basta pensar que em Roma não se chegou a um acordo para definir os crimes de agressão, com todos os delegados presentes, foi necessário remeter o exercício da competência do Tribunal até a adoção de uma disposição, na dicção dos arts. 121 e 123, que defina o crime de agressão e estabeleça ulteriores condições para o exercício da jurisdição em tais casos (art. 5, § 2). "Se" e "quando" se possa esperar tal definição ou "se" e "quando" se conseguirá realizá-la, não se pode hoje prever.[3]

Do mesmo modo, foi sublinhado que o momento de crise da legalidade, em parte justificado pelas sempre maiores dificuldades oriundas da complexidade dos fenômenos criminosos, freqüentemente de difícil delimitação em disposições incriminadoras taxativas, ou por questões de política criminal ainda insolúveis que fazem o conteúdo das normas jurídicas carecer de uma *ratio* unívoca; freqüentemente, a vagueza da disposição é devida a uma opção lúcida do próprio legislador, que remete ao intérprete no caso concreto, ou seja, ao juiz, a individuação do exato significado da própria disposição.

Também por este motivo, poderá ser de difícil aplicabilidade a norma do art. 21, § 2, do Estatuto, ali onde prevê a possibilidade, para o Tribunal, se bem que em via subordinada, de "aplicar os princípios e normas de direito como interpretados nas suas decisões precedentes". De um lado, tal norma poderia ser entendida no sentido do reconhecimento da jurisprudência como "fonte subsidiária" e poderia colocar em evidência o papel criativo ao qual é chamado o magistrado, o qual está incumbido não só de extrapolar o significado da disposição a aplicar, mas, em realidade, de criar a norma do caso concreto.[4]

Na verdade, do ponto de vista da legalidade penal, a única conquista do Estatuto do Tribunal – enquanto aprovado na via convencional e, portanto, sujei-

3. Sobre o assunto Eser, "Verso una Corte penale internazionale...", cit., p. 290.

4. Sobre o assunto cf.: Caianiello-Fronza. "Il principio di legalità nello statuto della Corte penale internazionale". *Ind. pen.*, 2002, p. 307 et seq., especialmente p. 318.

to aos procedimentos parlamentares de ratificação no direito interno e destinado a ser aplicado somente para o futuro – é aquela de não mais estar sujeito àquela censura ligada aos aspectos de irretroatividade, que representaram a principal fonte de reservas desde Nuremberg até os Tribunais *ad hoc*.[5]

Em outros termos, a existência de um problema de respeito ao princípio da legalidade com referência às obrigações internacionais é já um dado comprovado. Respeitável doutrina, porém, oportunamente coloca em destaque o dado segundo o qual os requisitos do princípio de legalidade criam um obstáculo à validade e à aplicação do direito penal internacional. À incerteza quanto ao direito aplicável, soma-se somente a incerteza relativa ao conteúdo do direito penal internacional. Neste último há, conseqüentemente, uma dificuldade de fundo relativamente à presunção ou suposição de que as prescrições de direito penal internacional sejam conhecidas, ou de que poderiam ser conhecidas por uma pessoa de comum bom senso e de conhecimento médio, em qualquer país do mundo. Se se supera este obstáculo de saída, deve ser enfrentado, a seguir, aquele relativo à taxatividade das prescrições normativas.[6]

5. Sobre o assunto cf.: Manacorda. *Il metodo comparato e la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*, cit., p. 779 et seq., especialmente p. 795 et seq. O autor evidencia, entre outras coisas, como as reservas sobre a legalidade nascem já da análise concreta da *praxis* jurisprudencial dos Estatutos do ICTY e do ICTR. Fala-se de uma técnica redacional inconseqüente: "Dentro de certos limites são delimitadas as noções de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra, tomando-as essencialmente das convenções preexistentes e da jurisprudência dos Tribunais Penais Militares. Todavia dos concretos atos que irão integrar as *fattispecie* (exemplo, no crime de genocídio: homicídio, lesão grave à integridade física; medidas dirigidas a impedir o nascimento de membros do grupo; transferência forçada de menores de um grupo a outro etc.) é determinado somente o *nomen juris*, enquanto não resultam de fato determinados os elementos constitutivos da *fattispecie*. Trata-se de uma técnica de redação que ultrapassa até mesmo o esquema da norma penal em branco: não só carece o Estatuto da individuação do *actus reus*, como não estão sequer determinadas as sanções correlatas ao cometimento de tais crimes. E, de fato, limita-se a prever que somente poderão ser aplicadas penas detentivas, para cujas condições a Câmara de primeira instância atém-se aos limites gerais das penas detentivas aplicadas nos tribunais da ex-Iugoslávia" (art. 24 do Estatuto ICTY) e de Ruanda (art. 23 do Estatuto ICTR) (p. 796-797).

6. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*. Un quadro teorico. Milano, 1999. p. 63. Que a experiência do Estatuto do TPI seja mais atenta aos cânones propriamente penais, relativamente às experiências precedentes das Cortes *ad hoc* é sublinhado por: Manacorda. *Il metodo comparato e la giurisprudenza...*, cit., p. 799.

2. A legalidade do direito penal substancial

Ao enfrentar o problema da legalidade com referência ao direito penal substancial no Estatuto do Tribunal, duas normas contidas no Capítulo III ("Princípios gerais do direito penal") são fundamentais: arts. 22 a 33, e em particular os arts. 22 a 25. O princípio de legalidade das penas, em verdade, padece, como veremos, da escassez de referências: o art. 77 prevê, de fato, "somente" a reclusão por um período de tempo determinado não superior ao máximo de trinta anos (...) e a prisão perpétua. Nada mais.

Na verdade, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional parece representar um híbrido entre exigências de *Realpolitik* e afirmação dos princípios de justiça. De um lado, quer oferecer as garantias do direito penal substancial, expressões de uma concepção de tipo iluminista liberal; de outro, não pode fundar-se exclusivamente sobre elas, mas deve ter em conta as particularidades das instâncias políticas que caracterizam as relações entre os Estados.

Se isto é verdade, pode-se dizer, então, que o direito penal internacional representa algo diverso do direito penal, já que a problemática inerente à dinâmica das relações internacionais faz com que os institutos de direito penal cedam às exigências contingenciais. Disso resulta uma heterogeneidade das fontes que impede, em verdade, o respeito aos componentes da legalidade, como a reserva de lei, a determinação e a taxatividade dos tipos penais, a irretroatividade e a proibição de analogia.

De outro lado, toda vez em que uma dada categoria de crimes contém uma dimensão política ou ideológica mais evidente, menor é o número de normas penais que figuram nos instrumentos aplicáveis, e aquelas existentes são, no mais das vezes, implícitas ou vagas. É o caso da "agressão", por exemplo: quanto menor a dimensão política ou ideológica que caracteriza uma dada categoria de crimes, maior é o número de disposições penais que podem ser encontradas, e é provável que sejam formuladas de modo explícito e com especificidade. Este é, por exemplo, o

caso do tráfico internacional de entorpecentes.[7] À luz destas considerações, é inegável que as *fattispecie* das quais se ocupa o Tribunal têm, muito freqüentemente, as características do primeiro grupo.

Na verdade, a determinação/taxatividade, no interior do princípio da legalidade, contribui ao alcance de uma dúplice ordem de escopos estreitamente ligados entre si: certeza das normas e limitação do arbítrio judicial, como já foi claramente indicado por Gaetano Filangieri.[8] E isto implica, de um lado, o dever da formulação clara e precisa das *fattispecie*, realizadas no ato da produção da norma; de outro, o empenho em estabelecer condições para que sejam eliminadas excessivas oscilações interpretativas por parte do juiz, com a conseqüência de regular de maneira mais rígida sua atividade hermenêutica, até o ponto da proibição de analogia. Ao invés disso, na falta do cumprimento dos requisitos da determinação, a previsão de tal proibição se reduz a uma fórmula vazia. E parece ser este o caso do art. 22, § 2, do Estatuto.

A determinação/taxatividade representa, então, um aspecto de não pouca importância na relação entre autoridade e indivíduo; quando ela se atenua, o ordenamento testemunha um escasso respeito pela liberdade individual, já que não se dá ao indivíduo condições de orientar-se com plena consciência na escolha de uma conduta. De fato, a determinação/taxatividade responde a uma exigência de precisão e, portanto, de certeza na previsão do preceito – mas também da sanção penal – tendo em consideração os bens que estão em jogo nas relações de direito penal. Coloque-se, além disso, em justa evidência um dado fundamental, que, todavia, nem sempre foi devidamente evidenciado: qual seja, o de que o princípio de determinação/taxatividade deve informar todos os setores do sistema penal, sendo dotado de relevância também em termos processuais; muito embora ele assuma formas diferenciadas segundo se trate de descrever fatos, fi-

7. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., p. 89.

8. Filangieri. *Scienza della legislazione* (1784), III, XIX, X, cit., p. 176.

guras da parte geral ou sanções. Em todo caso, a sua funcionalidade relativamente à defesa da liberdade exige que seja atendido para além do setor das normas incriminadoras, às quais, freqüentemente, vem exclusivamente limitado; ele dá vida a um dado fundamental de referência, com base no qual todas as partes do sistema são avaliadas.[9]

Indubitavelmente, não se podem desconhecer as não simples dificuldades de ordem, *lato sensu*, políticas que caracterizam as relações entre Estados em uma matéria tão delicada como a tratada no Estatuto da Corte, e que se traduzem nas variedades e na complexidade das fontes de direito penal internacional. Emblemático, a propósito, é o exame dos 274 instrumentos internacionais e da linguagem neles empregada na definição das figuras de crime, assim como de outros elementos de relevo do ponto de vista da normativa penal, nos quais restam desatendidas exigências de precisão em uma medida notavelmente maior do que aquela que se verifica em muitos Códigos Penais Nacionais. Esta diferença pode ser devida à perspectiva de que, dado que o direito penal internacional deverá ser transposto para o ordenamento nacional, através das leis nacionais que lhe darão execução, as normas de direito penal internacional devem ser somente declarativas e podem tolerar um certo grau de indeterminação; o que poderia, por outro lado, entrar em confronto com o requisito de especificidade dos princípios de legalidade, reconhecidos na maior parte dos sistemas jurídicos. Mas o fato de que os Estados devam recepcionar as prescrições de direito penal internacional no próprio direito penal interno não justifica a ausência de rigor que se verifica nos textos de direito penal internacional.[10]

9. Permita-se a remissão ao nosso *La promessa 'non mantenuta'*. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli, 2001. passim. Sobre o tema, para uma perspectiva mais ampla: Beling. "Il significato del principio 'nulla poena sine lege poenali' nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale". *Giust. pen.*, 1931, p. 319 et seq.

10. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 56.

Em outras palavras, o ensinamento de Montesquieu da divisão de poderes, que dá fundamento ao princípio de legalidade-determinação, essencial ao Estado de Direito[11] e, portanto, à democracia, longe de poder ser sacrificado para satisfazer verdadeiras ou presumidas necessidades supranacionais, é essencial, especialmente se se considera sua acentuada funcionalidade com respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Pense-se que a pena é uma das intervenções que mais incide sobre a liberdade e personalidade individuais, portanto a legitimação para decidir acerca das condições de sua aplicação pode residir tão-somente em instituições que representam a vontade popular, como os Parlamentos e Assembléias internacionais, que devem dar cabo de tal função através das leis. Em particular, ao juiz está reservada somente a tarefa de aplicação da lei, e sob o perfil funcional este princípio tende a reduzir o espaço de manobra do juiz a favor do legislador.

Ao da separação dos poderes, um outro fundamento de Teoria do Estado se soma: a exigência da supremacia da lei, do vínculo à lei, formulada em via geral e abstrata, das atividades do Poder Executivo e Judiciário.[12] Trata-se, com efeito, de garantir âmbitos de liberdade seja, em geral, contra intromissões indevidas na vida individual por parte da autoridade estatal e supranacional, seja, em particular, contra aplicações jurisprudenciais arbitrárias.[13] E isto, evidentemente, determina que se tome particular cuidado com a linguagem a ser adotada na redação das leis, em geral, e das normas penais, em particular.

Segundo o recorrente ensinamento iluminista,[14] determinação e, portanto, certeza da *fattispecie* exigem que as normas sejam enunciadas utilizan-

11. Segundo Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 57, no caso em que o direito penal internacional seja aplicado através de um sistema de execução direta, deve ele satisfazer os mesmos níveis de especificidade dos princípios gerais do direito penal, reconhecidos nos maiores sistemas de justiça penal do mundo.

12. Schreiber. *Gesetz und Richter*. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen nulla poena sine lege. Frankfurt am Main, 1976. p. 217.

13. Sobre o assunto cf.: Bricola. "Legalità e crisi: l'art.25, commi 2.° e 3.°, della Costituzione rivisitati alla fine degli anni '70". *Quest. crim.*, 1980, p. 182 et seq., especialmente p. 184-185.

14. Beccaria. *De' delitti e delle pene*, cit., § V, p. 13-14.

do a linguagem do cidadão comum e não segundo as peculiares locuções de uma teoria ou de uma particular área profissional; ou seja, devem ser enunciadas com palavras claras, facilmente compreensíveis por grande número de sujeitos que as devem obedecer[15] e, igualmente, a fim de satisfazer as exigências de comunicação postas pelo processo penal.[16] As normas, em síntese, não devem constituir um simples – mas substancial, em termos de poder – patrimônio dos técnicos.[17]

A determinação/taxatividade serve, ainda, para satisfazer, de qualquer forma, uma outra exigência essencial na seara penal: a igualdade. É evidente, de fato, que, relativamente a uma norma redigida com clareza e precisão, o procedimento interpretativo de adequação ao caso concreto será mais simples e unívoco e, conseqüentemente, muito mais baixo será o risco de desigualdade. Quando a verificação da tipicidade do fato mostra-se dificultosa em virtude da indeterminação da norma, é mais alto o risco de desigualdade no tratamento em virtude da falta de um parâmetro confiável de avaliação dos fatos concretos.[18]

Sem dúvida, à primeira vista, a norma inserida no § 1 do art. 25 do Estatuto do TPI pareceria exprimir garantia quando afirma que "a Corte terá jurisdição sobre as *pessoas físicas*[19] *em conformidade com este Estatuto*". Não se olvide, todavia, que em nível internacional não está acalmada a dialética entre os defensores do *ius cogens* e os do positivismo jurídico. Assim, enquanto o *jus cogens* ressen-

15. Cf., a propósito: Scarpelli. "Semantica giuridica". *Nss. D. I.* Torino, 1969. XVI, p. 996; v. sobre o tema, ainda: Pagliaro. "Testo e interpretazione nel diritto penale". *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 434 et seq., 2000, com ulterior e ampla bibliografia.

16. Hassemer. "Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung im Strafrecht". *Aa. Vv., Sozialwissenschaften im Strafrecht, a cura di W. Hassemer.* Darmstadt, 1984. p. 17 et seq.

17. Sobre o tema da doutrina da legislação, fundamental Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973, passim; v. ainda *Aa. Vv., Lezioni di tecnica legislativa*, a cura di S. Bartole. Padova, 1988, passim.

18. Sobre o tema já Nuvolone, Il principio di legalità e il principio di difesa sociale, in Sc. pos. 1956, 241.

19. Grifo nosso.

te-se das diferenças de valores, filosofias, objetivos e estratégias daqueles que afirmam a existência da norma em uma dada situação e sua aplicabilidade a uma particular hipótese de relevo jurídico, o problema do positivismo normativo torna-se mais evidente no caso de uma lacuna do direito positivo diante de uma injustiça evidente e palpável, como sucede com respeito aos "crimes contra a humanidade", no Estatuto do Tribunal militar internacional na Carta de Londres de 08.08.1945. Os fautores do direito natural sustentam que o *ius cogens* é baseado em um mais elevado valor jurídico a ser observado perseguindo os autores do crime, enquanto os defensores do positivismo jurídico argumentam que deveria prevalecer um princípio diverso, cujos valores e escopos têm, ao menos teoricamente, a mesma dignidade, ou seja, o princípio da legalidade – *nullum crimen sine lege*. Uma abordagem eticamente neutra é impossível, daí a única solução prática ser a codificação do direito penal internacional.[20]

A solução proposta é indubitavelmente estimulante, mas é ponto firme o de que o emprego do instrumento penal não pode prescindir de "notas" de codificação que respeitem os princípios acima delineados. Uma codificação deveria traduzir-se em *fattispecie* determinadas e representar, assim, um conceito teórico acolhido em resposta a grandes premissas ideais, relativas aos fundamentos do Estado de Direito que mantêm, ainda, intactos seu valor e atualidade; além disso, é bom insistir, já em nível nacional, raramente as previsões de crime e, mais em geral, as normas que redundam em ônus para a liberdade individual estão em conformidade com as exigências de determinação e taxatividade,[21] como é confirmado por transgressões fre-

20. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 74.

21. Cf. sobre o tema: Bricola. "Teoria generale del reato". *Nss. D. I.* Torino, 1973. XIX, p. 46. Não sem razão, a propósito da determinação das normas penais, fala-se como que de uma "utopia do estado de direito", assim: Schmidhäuser. "Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie". *Gedaechtnisschrift fuer Wolfgang Martens*. Berlin-New York, 1987. p. 231; Cf. também: Schünemann. *Nulla poena sine lege? Rechtsthoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin-New York, 1978. p. 6; Schroth. "Präzision im Strafrecht. Zur Deutung des Bestimmtheitsgebots". *Aa.Vv., Rechtskultur als Sprachkultur*, a cura di G. Grewendorf. Frankfurt a.M., 1992. p. 93 et seq.

qüentes e recentes ao princípio da legalidade: já está em ação, de longa data, um evidente processo no qual o direito penal torna-se sempre menos claro.[22]

Quando, pois, a "pós-modernidade" reclama formas de controle penal mais "flexíveis", mais "dinâmicas", até para os fins de uma "simplificação" processual,[23] o princípio de determinação – juntamente com outros princípios do Estado de Direito, como a responsabilidade, ofensividade, materialidade, fragmentariedade, subsidiariedade – vem a ser ulteriormente sacrificado. É possível, de fato, sustentar que o acentuado desatendimento a este princípio representa, pelas suas implicações, o exemplo mais evidente da perda de valor daquelas idéias-guia que estão na base do direito penal de derivação iluminista, como a tutela da liberdade e dignidade do homem.

Em substância, as exigências da "pós-modernidade", como o fim do historicismo, determinaram a perda da idéia de fundamento,[24] que provocou a adoção de cânones "débeis" de compreensão e de interpretação da realidade, com o recurso, na experiência jurídica, a lógicas míopes, de imediatismo. Mas estas não se adaptam à "força", à substância, dos direitos fundamentais, os quais estão normalmente em discussão no âmbito do controle penal. Nesta matéria, há necessidade de regras "fortes", de "fundamentos" e, portanto, de sistema, de princípios.[25]

22. Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*. Tübingen, 1973. p. 26; para uma convincente análise sobre a mais ampla crise da legalidade cf.: Fiandaca. "La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale". *Aa. Vv., Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*. Padova, 2001. p. 43 et seq.

23. Cf. sobre o tema: Albrecht. "Formalisierung versus Flexibilisierung: Strafrecht quo vadis?". *Aa. Vv., Vom Guten, das noch stets das Böse schafft*, a cura di L. Böllinger e R. Lautmann. Frankfurt a.M., 1993. p. 255 et seq.

24. Sobre este ponto v.: Vattimo. *La fine della modernità*. 3. ed. Milano, 1999. p. 9 et seq.; mais geral: Lyotard. *La condizione postmoderna*. Milano, 1990. passim; para uma perspectiva jusfilosófica: Arth. Kaufmann. "Die Rechtsphilosophie". *Der Nach-Neuzeit*. Heidelberg, 1990. passim.

25. Para uma firme, argumentada, convocação ao significado essencial dos princípios de direito penal v.: Palazzo. *Introduzione ai principi del diritto penale*. Torino, 1999. p. 4 et seq. e passim.

Exatamente o contrário de uma legislação casual, ocasional, contraditória, orientada a verdadeiras ou presumidas emergências, precursora da perda de garantias e eficiência, que flagelou o direito interno, e que sempre caracterizou a penalidade internacional.

Enfim, ainda com relação aos arts. 23[26] e 77 do Estatuto, em termos de legalidade da pena e de concreta aplicação da sanção, valem as regras da determinação/taxatividade. É evidente, de fato, que a presença de margens de manobra excessivamente amplas não pode ser acolhida, enquanto o princípio de responsabilidade pessoal e a previsão de confiáveis parâmetros de cominação tutelam em via direta a liberdade e personalidade do indivíduo. Naturalmente, neste contexto também a determinação de firmes limites máximo e mínimo tem uma importância notável para o fim de uma correta e aceitável medida da pena. E, também neste caso, as regras estatutárias deixaram a desejar.

2.1 O problema da parte geral no Estatuto

Como é notório, a parte geral representa, talvez, a expressão mais significativa da elaboração dogmático-sistemática, entendida não no adulterado sentido de mero exercício tecnicístico, mas como rigorosa disciplina orientada à elaboração de parâmetros confiáveis de igualdade, de justiça, conexos às várias definições e distinções exercitáveis no interior do material normativo: a isso se soma, em última análise, a essencial função de graduar, segundo a proporção, a intensidade da intervenção penal.

E este é, talvez, o significado mais prenhe, denso, de implicações, da parte geral e que resulta de uma estratificação das conquistas de uma tradição secular de civilidade. Vários institutos e regras, como preciosas súmulas de dificultosos procedimentos de abstração e generalização das conquistas normativas, respon-

26. Art. 23. *Nulla poena sine lege:* "Uma pessoa condenada pela Corte pode ser punida somente em conformidade com o presente Estatuto".

dem plenamente à satisfação de insuprimíveis – para um Estado de Direito – exigências de certeza e, portanto, de legalidade. A sua presença mostra-se indispensável para o fim do exercício de uma justiça penal internacional respeitosa dos princípios do Estado de Direito.

Uma respeitável doutrina sublinhou que o mais recente e promissor desenvolvimento de uma parte geral do direito penal internacional está constituído justamente pelo Estatuto da Corte Penal Internacional, que contém disposições específicas em tema de responsabilidade penal. A nós parece, porém, necessário destacar que a parte geral no Estatuto da Corte Penal Internacional, que foi instituído por um tratado, vincula somente os Estados-partes, e não é, até este momento, idônea, por si só, a ser considerada parte do direito penal internacional consuetudinário. Conseqüentemente, estas disposições da parte geral não poderão ser consideradas como uma parte geral de direito internacional, a menos que elas não sejam, de outra forma, confirmadas que uma dada norma da parte geral seja parte do direito internacional consuetudinário, ou derive dos princípios gerais do direito.

Atualmente, pode-se considerar que as normas da parte geral do direito penal internacional compreendem as seguintes matérias: responsabilidade penal individual e de grupo; *attempt* e *conspiracy*; responsabilidade dos superiores pela conduta de seus subordinados, desde que as tenham arquitetado ou ordenado ou tenham se omitido em prevenir ou punir os executores; a limitação da *defense* de obediência a ordens superiores aos casos nos quais o subordinado não tenha tido outra alternativa senão a de obediência (que é análoga à constrição ou coação em diversos sistemas jurídicos nacionais); a eliminação da imunidade para os superiores a ponto de excluí-la para os chefes de Estado; a especificação de que, relativamente ao genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, não é admitida a *defense* da ignorância da lei. Além destas normas de parte geral não existem, até agora, outras reconhecidas em nível internacional.[27]

27. Bassiouni. *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale...*, cit., p. 157-158.

Na verdade, a imprecisão – confirmada, como veremos, pelas previsões das singulares *fattispecie* contidas nos arts. 5 et seq. do Estatuto da Corte – decorre de um reconhecimento tão-somente do *nomen iuris* dos princípios e dos institutos, sem que para eles exista uma concreta e substancial agregação de significado. Como tivemos a oportunidade de sublinhar, não é para todos os países que a analogia é tida, assim, como "inimiga" da legalidade, da mesma forma que diverso é o significado e o alcance de alguns institutos de direito processual.

Por outro lado, a exigüidade das normas penais – das *fattispecie,* antes de mais nada, mas igualmente das disposições da parte geral – faz surgir a necessidade de recorrer a instrumentos de integração supletiva muito amplos que, como vimos, recebem hoje expresso reconhecimento e formalização no art. 21 do Estatuto do TPI, norma que revela um certo grau de "autoconsciência" do problema por parte do direito penal internacional.

Segundo alguns estudiosos, todavia, deve-se reconhecer, com maior realismo, que o dogma da completude do ordenamento jurídico não tem valor absoluto. O direito aplicável pelos tribunais é caracterizado pela existência de lacunas que devem ser entendidas como "deficiências do direito positivo (*ius scriptum* e direito consuetudinário) que adquirem significado enquanto carência de conteúdo da regulamentação jurídica, justamente onde esta seria requisitada para determinadas situações de fato, e que, enquanto tais, querem e podem ser eliminadas mediante uma decisão jurisprudencial integrativa".[28] Admitida a subsistência "vazios" de disciplina a serem preenchidos (aspecto que é distinto da irredutível fragmentariedade do sistema, que diz respeito ao número de lacunas voluntárias predispostas pelo legislador), encontra-se no intérprete o verdadeiro *conditor* da norma, com a conseqüência de que a atividade integradora do juiz constitui manifestação de atividade criativa e não meramente

28. Engisch. *Einführung in das juristische Denken*. 4 auf. Stuttgart, 1968. Trad. it. *Introduzione al pensiero giuridico*. Milano, 1970. p. 222.

interpretativa.[29] Se a legitimidade do sistema funda-se na presunção fictícia de sua completude, vice-versa, reconhecer a existência de um vazio tem por efeito fazer surgir novamente um contraste com a legalidade penal. Obviamente que a fricção com os princípios é tão mais intensa quanto menos em conformidade com o princípio de precisão encontra-se a norma cujo conteúdo se deve preencher.[30]

Estes aspectos, a bem ver, confirmam a necessidade de determinação das normas, além das *fattispecie*, sobretudo em nível internacional. A vagueza e a ambigüidade das normas servem, de fato, ao escopo de transferir para o intérprete a grave responsabilidade da gestão político-criminal e fenomênica, ao invés de favorecer o correto cumprimento da sua função institucional de solução, segundo parâmetros formalizados e pré-constituídos, dos concretos conflitos socialmente relevantes. O argumento justificador tradicional é aquele da justiça para o caso concreto, mas esta também pode ser realizada com normas taxativas.[31] Ao invés de abrir espaços excessivos de "criação" jurisprudencial,[32] o legislador – ou, de qualquer modo, aquele que cria as normas –, diante de uma valoração de merecimento de pena, poderá sempre introduzir uma nova disposição; certo que, por algum tempo, que poderá, todavia, ser bastante breve – dependendo só do legislador mesmo –, poderá suceder que alguns comportamentos que se mostrem merecedores de sanção não sejam passíveis de pena, mas este é um preço que o

29. Bassiouni-Manikas. *The Law of International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. New York, 1996. p. 269: "O Conselho de Segurança delegou o poder de criar a norma (*rule-making power*) ao Tribunal e tal delegação deverá substancialmente cobrir as involuntárias lacunas legislativas".

30. Sobre o assunto cf. Manacorda, *Il metodo comparato e la giurisprudenza...*, cit., p. 802-803, o qual entende que a atividade interpretativa com relação ao Estatuto do TPI será caracterizada de menor problematicidade pelo notável grau de perfeição técnica das disposições ali contidas, relativamente ao ICTY e ao ICTR.

31. Cf. sobre o ponto: Palazzo. *Il principio di determinatezza...*, cit., p. 305 et seq.; Bricola. *Legalità e crisi*. p. 187-188, 213-214.

32. A propósito, confiram-se as convincentes considerações desenvolvidas por: Ferrajoli. "Crisi della legalità e giuridizione. Una proposta: la riserva di códice". *Aa.Vv., Legalità e giurisdizione*, cit., p. 27 et seq.

Estado de Direito deve estar pronto a pagar, para não trair a si mesmo, como, infelizmente, tantas vezes já sucedeu.

2.2 *Um exemplar* vulnus *ao princípio da legalidade: a tipicidade dos crimes sobre os quais a Corte exercita a jurisdição*

Um setor tradicionalmente objeto de particular atenção sob o ponto de vista das várias articulações do princípio da legalidade é aquele relativo às figuras de crime. O art. 5 do Estatuto determina quais são os crimes compreendidos dentro da jurisdição da Corte: "a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra; d) crime de agressão".

O § 2 do art. 5 determina, como já se disse, que a Corte exercitará jurisdição, relativamente ao crime de agressão, quando for aprovada, com base nos arts. 121 e 123, uma norma que defina tal crime e estabeleça as condições sob as quais será exercida a jurisdição. Tal disposição deverá ser coerente com a correspondente disciplina da Carta das Nações Unidas.

O art. 6 define o crime de genocídio e parece ser a disposição que desperta menos problemas interpretativos. Refere-se a "quaisquer dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal: a) matar membros do grupo; b) causar graves danos físicos ou mentais aos membros do grupo; c) submeter deliberadamente o grupo a condições de vida destinadas a causar a sua destruição física no todo ou em parte; d) impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no interior do grupo; e) transferir à força crianças do grupo a um outro grupo".

Além das perplexidades ligadas à definição dos graves sofrimentos, sobretudo "mentais", emerge o problema dos limites da punibilidade ligada ao significado daqueles modelos de incriminação que se exteriorizam nas expressões "destinadas a causar" e "destinadas a impedir". Pensemos que a definição do limite mínimo possa ser extraída daquela disposta no art. 25, § 3, *f*, a qual se

refere – se bem que com relação à tentativa – a uma ação "que inicia a sua execução por meio de um passo substancial", com todas as dificuldades de interpretação da hipótese.

O art. 7 determina o conteúdo dos crimes contra a humanidade. A uma lista de crimes, por assim dizer, clássicos, como, por exemplo, homicídio, extermínio, redução à condição de escravo etc., acrescenta-se, no § 1, letra *h*, aquele de "perseguição contra qualquer grupo ou coletividade identificável por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero como definido no parágrafo *e*, ou outros motivos que sejam universalmente reconhecidos como inadmissíveis pelo direito internacional, em relação a qualquer ato referido neste parágrafo ou a qualquer crime submetido à jurisdição da Corte".

Vem a seguir definido, no § 2, letra *g*, o termo "perseguir" como "a privação intencional e grave de direitos fundamentais em contraste com o direito internacional por motivos de identidade do grupo ou da coletividade". Certamente parece difícil imaginar perseguições de grupos e coletividades que não sejam executadas através da primeira classe de crimes, e isto faz, no mínimo, duvidar da determinação desta norma. Pelo contrário, é fácil entrever os riscos da "omnicompreensividade" de similares definições. Pense-se, sobretudo, no papel do Tribunal, que dificilmente poderá limitar-se à interpretação e até mesmo à integração, mas que deverá desenvolver uma verdadeira e própria função de *criação* do preceito normativo sob exame.

De outro lado, há ainda outros exemplos de imperfeição na definição do art. 7. Além de outras "precisões conceituais" das quais cuida o § 2, deve-se fazer referência ao § 1, letra *k*: *outros atos desumanos de análogo caráter destinados a provocar* intencionalmente grande sofrimento ou grandes danos à integridade física ou à saúde física ou moral. A indeterminação ínsita ao emprego da cláusula geral procurou-se remediar com a previsão de que os atos previstos no art. 7 são crimes contra a humanidade somente "se cometidos como parte de um ataque generali-

zado ou sistemático contra qualquer população civil, com o conhecimento (*knowledge*) de tal ataque".[33]

Também o art. 8, que define os crimes de guerra, não é isento de críticas inerentes à legalidade. Pense-se, a título de exemplo, no § 2, lei *b*: outras graves violações da lei e dos costumes aplicáveis a um conflito armado internacional, no quadro estabelecido pelo direito internacional (...); e letra *c*: outras graves violações das leis e dos costumes aplicáveis aos conflitos armados de caráter não internacional, no quadro do direito internacional (...). A remissão se refere a cerca de cinqüenta diversas *fattispecie* de direito de guerra[34] em parte sobrepostas aos crimes contra a humanidade, como, por exemplo, "a violência carnal, a escravidão sexual, a prostituição forçada, sem que o estatuto indique como se deve proceder em caso de 'concurso' de várias *fattispecie* deste gênero".[35] Provavelmente, no Estatuto não se colocou o problema do concurso de crimes e do concurso aparente de normas justamente em virtude da absoluta falta de legitimidade/determinação no que tange às sanções.

Também no caso dos crimes de guerra, a restrição relativa à cláusula geral opera-se fazendo referência à verificação do cometimento de tais crimes como

33. Submeteu-se à atenção da doutrina o problema de "se o 'pequeno soldado' que participa na comissão de uma destas ações deva ter consciência do plano comum, ou se deva ele ser somente sob o comando militar ou através de outros *policy maker*. Tal questão está atualmente ainda aberta, mas me parece suficiente que o autor singular tenha consciência da ligação de sua ação com uma política desumana, sem que deva conhecer exatamente a amplitude da estrutura do plano comum". Sobre o tema: Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 289. Não se deve esquecer, porém, que podem existir condutas com a estrutura de atentado que poderiam ampliar ainda mais os critérios da responsabilidade deste tipo de agentes.

34. Sobre o tema cf. Delli Santi, "Il diritto internazionale nelle origini e nelle prospettive della Corte penale internazionale", *Quaderni dell'Arma dei Carabinieri*, Suppl. al n. 2/2002, p. 84-85, que especifica que existem "*trinta e quatro crimes de guerra para os conflitos internacionais* (dos quais oito reconduzíveis às graves violações das Convenções de Genebra e vinte e seis às *leis* e *usos* de guerra), mas ainda *dezesseis crimes de guerra para os conflitos não internacionais* (quatro com referência ao art. 3 das Convenções e doze às *leis* e *usos*), para um total de *cinqüenta fattispecie* de *crimes de guerra* atribuíveis à competência da Corte".

35. Sobre o assunto: Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 289.

"parte de um plano, de uma política ou do cometimento em vasta escala de tais crimes" (art. 8, § 1).

É necessário questionar-se até que ponto tais delimitações são vinculantes. Como foi agudamente observado: "Assim seria se – como desejavam os EUA – a competência da Corte tivesse sido afirmada 'somente' com respeito à supracitada cláusula geral. Mas já que ao invés de *only* aparece somente *in particular*, a competência da Corte pode subsistir também em outros casos, diversos da expressa finalidade política ou do requisito da *large scale – comission:* como, por exemplo, na destruição total de um país indefeso, com uma ação isolada, sem que se possa provar que tenha sido um plano comum".[36]

Mas tem mais. Também na descrição casuísta o requisito da determinação não encontra satisfação: pense-se no art. 8, § 2, letra *a*, iii: provocação intencional de grandes sofrimentos, ou de sério dano físico ou à saúde; v: constranger um prisioneiro de guerra ou outra pessoa protegida a servir (*to serve*) nas forças de uma potência inimiga; xii: declarar que não será dada trégua; *c*, ii: cometer ofensa grave à dignidade pessoal, em particular tratamento humilhante e degradante; preferimos parar por aqui.

Parece-se esquecer que, ainda quando a doutrina de inspiração jusracionalístico-iluminista pretendia punir como crimes os *mala in se*, textualmente exigia, para a definição dos fatos penalmente sancionados, a rigorosa descrição da *fattispecie* determinada:[37] no Estado de Direito a forma tem uma importância essencial e, portanto, em nenhum caso, em relação a qualquer fenômeno, ainda que portador de grave danosidade social, é possível deixar de atender à máxima segundo a qual "a lei não pode abandonar a letra porque a letra é para ela o espírito".[38] Naturalmente

36. Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 290.

37. Marat. *Disegno di legislazione criminale* (1790). Trad. it. M. A. Aimo. Milano-Varese, 1971. p. 70 et seq., especialmente 80 et seq.

38. Lopez de Oñate. *La certezza del diritto*, cit., p. 159; Sobre o tema também: Arth. Kaufmann. *Analogie und Natur der Sache*. Karlsruhe, 1965. p. 3 et seq., especialmente p. 31 e 47; Hassemer. *Tatbestand und Typus*. Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1968. p. 162 et seq.

"espírito" e "letra" deverão corresponder plenamente àqueles requisitos de legalidade, formal e substancial, que o próprio Estado de Direito exige.

3. O art. 25 do Estatuto: uma norma para vários institutos

O art. 25 do Estatuto do TPI merece particular atenção porque, além de tratar de uma série de institutos da parte geral,[39] coloca-se em claro contraste com as exigências de legalidade, permitindo, de fato, a ampliação das *fattispecie* penais. Depois de ter especificado no § 1 que o Tribunal terá jurisdição somente sobre as pessoas físicas,[40] o § 3, letra *a*, introduz o instituto da co-participação e da autoria mediata, pelas quais uma pessoa será penalmente responsável se cometer o crime "individualmente, ou juntamente com outra pessoa ou por meio de outra pessoa, independentemente do fato de que a outra pessoa seja penalmente responsável". O concurso é também moral: (§ 3, letra *b*) "ordena, solicita ou induz à comissão do crime que de fato é cometido ou tentado". Além disso, sentiu-se necessidade de prever também as condutas de auxílio (§ 3, letra *c*): "com a intenção de facilitar o cometimento de tais crimes, ajuda, é cúmplice ou de qualquer forma favorece o seu cometimento ou tentativa de cometimento, compreendido o fornecimento de meios para o cometimento".

De saída, este tipo de definição suscita algumas perplexidades. Mas graves problemas de determinação surgem relativamente ao disposto na letra *d*: "contribui de qualquer outro modo para o cometimento ou a tentativa de cometimento de tais crimes por (parte?) de um grupo de pessoas agindo com um escopo comum. Tal contribuição deverá ser intencional e:

39. Referimo-nos, particularmente, à co-participação criminosa e ao delito tentado.

40. Observa Eser, *Verso una Corte penale internazionale*..., cit., p. 300, que não estão previstas normas sobre o autor individual.

i) realizada com o escopo de favorecer a atividade criminal ou o objetivo criminal do grupo, quando tal atividade ou objetivo implique o cometimento de um crime sobre o qual a Corte tenha jurisdição; ou então,

ii) realizada com a consciência da intenção do grupo de cometer o crime".

O artigo continua com a letra *e*, segundo a qual "com referência ao crime de genocídio, incita direta e publicamente outras pessoas a cometer genocídio".

Como responder a estas ampliações da tipicidade? Na verdade, a clareza dos conceitos penais, através da precisa determinação da *fattispecie* e da sua aplicação taxativa, exprimem exigências de tipo político-jurídico de derivação liberal.[41]

Mas não é somente sob o aspecto da tutela da liberdade que se revela a função do princípio de determinação/taxatividade: ele exprime, em verdade, um papel de importância primária também relativamente à explicação das funções da pena: não parece ser, de fato, casual que o Estatuto não dedique sequer uma disposição à função da pena.

A interdependência entre determinação/taxatividade e função da pena não é de fato uma conquista recente; foi Anselm Feuerbach quem, entre o fim do século XVIII e início do século XIX, no quadro de uma valorização dos direitos do homem realizada pela tradição jusnaturalista-iluminista, uniu de maneira límpida a tutela da liberdade do indivíduo com a realização da função da pena – vista em termos de prevenção geral –, através da clara e rigorosa afirmação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isto é, da legalidade e da certeza do direito penal.[42] Anselm Feuerbach fundou a própria enunciação do princípio *nullum crimen,* exatamente argumentando teleologicamente em termos de realização da finalidade de prevenção geral intimidadora.[43]

41. Vassalli. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 285 e 322.

42. Sobre o tema, por todos, cf.: M. A. Cattaneo. *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale.* Milano, 1970. p. 446 et seq.; Bohnert. *P. J. A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht.* Heidelberg, 1982. passim.

43. Sobre este ponto, seja-nos consentido remeter ao nosso: *Il diritto penale tra essere e valore.* Funzione della pena e sistematica teleológica. Napoli, 1992. p. 47 et seq., especialmente 83 et seq. e 121 et seq.

Atualmente a teoria da coação psicológica, em muitos de seus aspectos, pode considerar-se superada, mas não na sua conexão com a legalidade; em verdade, o princípio de determinação/taxatividade exprime um valor absoluto de tipo teleológico-funcional: isto significa que uma norma indeterminada não consente a realização de qualquer função racional da penal que, como verificamos, está condicionada ao conhecimento daquilo que deve ser proibido.[44]

De fato, uma vez confiada à pena uma função de orientação, do ponto de vista individual e geral, conseqüentemente, o ilícito, nos seus componentes de desvalor do resultado e desvalor da conduta, deverá resultar reconhecível enquanto tal. Surge, portanto, de toda evidência como, ainda que em uma perspectiva de teoria da pena entendida como integração social, é colocada em relevo a necessidade de uma tipificação segundo parâmetros de determinação e taxatividade.

Diante de normas imprecisas, obscuras, não seria, de fato, possível obter uma agregação de consensos, da mesma maneira não sendo alcançável o próprio efeito de intimidação, se a ameaça da sanção não está conectada à proibição de uma conduta facilmente compreensível. E as mesmas considerações valem, enfim, também no plano individual. É patente, de fato, como somente a clara compreensão do preceito possa fazer perceber a norma penal como regra de conduta violada, tornando, desta maneira, aceitável a intervenção punitiva. É apenas o caso de sublinhar que, para os fins da compreensão da norma, importa também a referência, de tipo substancial, a bens jurídicos concretos e merecedores de tutela, mas também a precisas modalidades de ofensa.

Ainda mais. Uma adequada realização de exigências de determinação/taxatividade da *fattispecie* somente pode ser resultado do respeito integral e com-

44. Sobre o tema cf. Manacorda, *Il metodo comparato e la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali*, cit., p. 806-808, para um exemplo das dificuldades interpretativas e do perigo para os princípios diante da indeterminação das *fattispecie* e dos institutos. No exemplo trazido pela jurisprudência do ICTR, em tema de acordo para cometer genocídio, fala-se de punibilidade da conduta ainda quando nenhum ato preparatório tenha tido lugar. Sobre o tema cf. ainda: Pisani. "Il genocidio nello statuto della Corte penale internazionale". *Riv. int. dei dir. dell'uomo*, 1998, p. 663 et seq.

binado de todos os princípios que presidem a formulação de normas penais: particularmente, dos princípios de ofensividade, materialidade, subsidiariedade e fragmentariedade e personalidade da responsabilidade. De fato, é determinada somente uma disposição que compreenda a descrição da ofensa, em termos de dano ou de perigo concreto, de um bem jurídico, dotado de um substrato empírico verificável; esta deve, não obstante, descrever de forma direta, evitando extenuantes reenvios a outras fontes, uma conduta exteriormente compreensível e demonstrável em um processo idôneo a, segundo uma proporção de escala, agredir o bem jurídico. Ela deve, ainda, ser apta a permitir a seleção, de forma acurada, entre todos os antecedentes causais, daquelas singulares modalidades de condutas que sejam particularmente perigosas e, portanto, merecedoras e carentes de uma intervenção penal; e, enfim, deve indicar com precisão a *fattispecie* subjetiva e consentir aos cidadãos o fácil reconhecimento, evitando uma linguagem esotérica, do fato objeto da proibição: somente uma tal norma, expressão moderna de um *richtiges Recht*,[45] poderá dizer-se verdadeiramente conforme ao princípio de determinação/taxatividade. Neste caso, ter-se-á fornecido um âmbito regulador cujo preenchimento, no sentido de concretização, aplicação, poderá ainda valer como interpretação de uma norma determinada.

Característica essencial de qualquer conceito legal determinado é, portanto, aquela de apresentar ao intérprete um só limite, a consentir um juízo seguro, assertivo, acerca da pertinência de um fenômeno real à descrição incluída no próprio conceito e impor uma interpretação menos subjetivamente fundada.[46]

Em qualquer caso, quando o foco da norma não consegue concentrar-se sobre um evento derivado, na sua individualidade, de um procedimento lógico de

45. Segundo a célebre definição de Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte* (1902), 2. ed., Halle, 1926, especialmente p. 51 et seq.

46. Sobre o tema, confiram-se as estimulantes considerações desenvolvidas por: Hassemer. "Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht". *Aa.Vv., Rechtskultur als Sprachkultur*, cit., p. 71 et seq.; Fletc. her. *Rethinking Criminal Law*. New York, 2000. p. 395 et seq.; Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte, 2000. p. 43 et seq.

separação, pelo qual um concreto evento é tomado em consideração destacado do complexo dos fenômenos e das circunstâncias históricas nas quais se insere na realidade, mas remete-se a condições gerais ou expressões universalistas, então se tornam forçosamente inoperantes aquelas regras de clareza, precisão, determinação, orientadas à previsão de *fattispecie* bem definidas, para privilegiar expressões aptas a serem aplicadas ao maior número de situações possível, ainda que não previstas. E, assim, esvanece-se aquela regra elementar de justiça segundo a qual a sanção é o resultado de uma conduta individualmente errada, renunciando, de tal modo, àquela certeza das expectativas pessoais que o pós-moderno parece ter perdido, malgrado as suas tantas e radicais "certezas".

4. A legalidade processual e a autonomia do juiz

Parece, enfim, oportuno formular uma última observação em sede de relação entre *fattispecie* indeterminadas e aspectos processuais. Para além de algumas dificuldades operativas às quais o funcionamento do Tribunal poderia ir de encontro e das quais falaremos adiante, diga-se que a legalidade/determinação incide sobre todos os momentos e sobre todos os protagonistas do processo. Em primeiro lugar, com referência à figura do Ministério Público, se o art. 53 do Estatuto refere-se, como parece, à obrigatoriedade da ação penal,[47] uma efetiva atuação de tal princípio poderá ter-se somente quando se realizem seus pressupostos substanciais, constituídos por uma legislação penal respeitosa da *extrema ratio* e do princípio da determinação/taxatividade das *fattispecie*. É claro que na presença de normas vagas, de conteúdo pouco determinado, de um lado faltaria o critério para a verificação do respeito à obrigação; de outro, diante de normas indeterminadas, a valoração da acusação pública relativamente à sua violação tornar-se-ia in-

47. Art. 53, § 1, primeira alínea: "O Ministério Público, avaliadas as informações à sua disposição, iniciará uma investigação, a menos que decida que não existem bases razoáveis para proceder segundo o presente Estatuto".

controlável, com o resultado de graves prejuízos para a liberdade individual. Somente no âmbito de um direito penal mínimo, constituído por poucas e claras normas, que descrevam de modo fragmentário perigosas agressões a concretos bens jurídicos, resulta possível um exercício da ação penal conforme aos critérios de legalidade e igualdade.

Com referência ao defensor, o direito de defesa exige a exata cognoscibilidade da acusação e da possibilidade de defender-se provando:[48] mas isto é possível somente diante da contestação de fatos determinados, em um processo baseado no contraditório.[49]

Um processo contraditório, baseado no princípio do contraditório, como parece que deva ser aquele diante do TPI, não pode realizar-se senão pressupondo *fattispecie* caracterizadas por determinação/taxatividade e materialidade, que não sejam construídas sobre elementos valorativos vagos ou sobre a mera transgressão de normas.[50] Particularmente, é de ser rejeitada a tendência do legislador penal de criar *fattispecie* mais ou menos privadas de conduta, seguindo em substância o esquema dos "crimes de suspeita", com o fim de superar, com um "atalho" de direito penal substancial, problemas de prova. Deste modo, as garantias conexas à aquisição de provas, segundo os moldes acusatórios, enfraquecem-se em benefício de um verdadeiro e próprio domínio da valoração do juiz, cujas margens acabam ampliadas em intolerável medida.[51]

48. Cf. a propósito: Naucke. *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., p. 26; no mesmo sentido cf.: Marinucci-Dolcini. *Corso di diritto penale*, cit., p. 60.

49. Molari. "Introduzione". *Aa. Vv., Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., p. 297.

50. Bricola. "Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale". *Ind. pen.*, 1989, p. 317-318; Cf. ainda: Ferrua. "Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale". *Studi sul processo penale*. Torino, 1992. II, p. 13, 17-18.

51. Exemplar, a propósito, a pesquisa de Maiello, "Il contraddittorio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo", *Crit. dir.*, 1999, p. 206 et seq.; v. ainda do mesmo autor, "Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato", *Crit. dir.*, 1998, p. 293 et seq.

Mas um embuste ao princípio do contraditório através da violação do princípio da taxatividade/determinação das normas penais pode ter lugar, ainda, mediante uma ampla articulação de qualificações jurídicas, com desníveis sancionadores freqüentemente relevantes relativamente a um substrato de fato essencialmente invariável. Pense-se, por exemplo, na fragmentação, de caráter casuísta, das *fattispecie* inseridas nos arts. 7 e 8 do Estatuto, ou, então, na supradelineada figura da co-participação criminosa. O fenômeno da tipicidade plúrima, ou então da recondutibilidade do mesmo fato a mais de uma hipótese criminosa, representa uma grave elisão ao princípio da determinação/taxatividade, que é sempre buscada através de uma técnica exasperadamente casuísta e tida como mais grave pelo reenvio feito pelas cláusulas gerais de fechamento. O resultado de uma tal técnica legislativa, débil relativamente ao princípio da determinação/taxatividade, é, de fato, a criação de um excessivo espaço discricionário, a cargo do juiz, em sede de qualificação do fato e de determinação da sanção.

Mas a perspectiva processual evoca ulteriores considerações de teoria geral do direito e das instituições com relação à pouca conformidade às exigências do Estado de Direito que caracteriza o quadro completo do Estatuto.

De fato, diante do respeito à autonomia da função legislativa, é igualmente colocado em relevante débito o papel da autonomia e independência da função judiciária. E também neste caso, em nível internacional, longe de se estar isento do respeito a tais parâmetros, dever-se-ia tender a reforçá-los, exatamente para exaltar a sua diversidade diante dos outros poderes.

É de questionar se o direito e a diplomacia internacionais estão aptas a concretizar tais necessidades e, ainda mais, quantos Estados estariam dispostos a declinar da sua própria soberania a favor de um Poder Judiciário verdadeiramente independente.

Para além da problemática relativa ao *bis in idem* e às questões de recepção *ex* art. 17, que, de fato, concedem um papel de supremacia, com algumas limitações, à jurisdição penal nacional, queremos apenas assinalar o poder do Conse-

lho de Segurança da ONU de "requerer", mais correto seria dizer "impor", ao Tribunal que não inicie ou prossiga em ações e investigações por um período de doze meses, renováveis perpetuamente (art. 16).[52]

Sempre nesta ótica, não devemos nos esquecer, pois, da disposição do art. 124 do Estatuto, onde, na primeira alínea do único parágrafo, prevê que "não obstante o art. 12, § 1, um Estado, ao tornar-se parte no presente estatuto, pode declarar que, por um período de sete anos após a entrada em vigor do presente estatuto para o Estado em questão, não aceita a jurisdição do Tribunal relativamente à categoria de crimes contemplados no art. 8 quando se alegar que um crime tenha sido cometido por seus cidadãos ou no seu território".

A natureza de compromisso político destas disposições é evidente e, a nosso aviso, repropõem, uma vez mais, as dificuldades do uso do direito penal no âmbito internacional, ali onde, diferentemente do direito interno, não é tão forte a necessidade de ocultar a prevalência da "lei da força" sobre a "força da lei". A este propósito, o papel do conselho de segurança da ONU, *ex* art. 16, é emblemático. Segundo alguns, com referência à possibilidade de bloqueamento da jurisdição conferida a este último, parece difícil que em casos de patente gravidade o Conselho de segurança possa impedir a ação da Corte sem incorrer na condenação por parte da opinião pública mundial.[53]

A nós parece, francamente, que esta tese peca por um excessivo otimismo, senão ingenuidade; temos clamorosos e recentes exemplos de sensacionais manipulações da opinião pública – como, por exemplo, no caso Kelly –, razão

52. Eser. *Verso una Corte penale internazionale...*, cit., p. 296-297, põe em relevo que o poder do Conselho de Segurança da ONU pode ser seguramente útil se, "através de uma condução precipitada das investigações relativamente a um imprevisível ditador, possa ser colocada em perigo a paz mundial; em qualquer caso, desta maneira se abre uma possível porta à obstrução por parte do Conselho de Segurança, que poderia impedir as investigações relativamente a um cidadão em concreto".

53. Sobre este ponto cf.: Pocar. "La Corte penale internazionale". *Italia oggi*, 07 ago. 1998, documenti, p. 22.

pela qual não acreditamos que esta última represente um verdadeiro problema em grau de condicionar o Conselho de Segurança. Se se quer instaurar uma verdadeira jurisdição internacional e não um fantoche desta, é indispensável uma obrigatoriedade da ação penal, a independência e a "terceiridade" do juiz, a efetividade do direito de defesa, mas também a clareza, simplicidade, praticabilidade e aceitabilidade das regras de conduta, dos critérios de imputação, objetivos e subjetivos, e ainda das sanções.

Isto significa que, provavelmente para poder aspirar a uma real justiça penal internacional, será necessário escrever um novo Estatuto.