

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

VICTOR CHEMIN BRANCO LIPINSKI

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, E SEU REFLEXO NO
EXERCÍCIO DA SOBERANIA PELO ENTE POLÍTICO.**

**CURITIBA
2018**

VICTOR CHEMIN BRANCO LIPINSKI

**A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, E SEU REFLEXO NO
EXERCÍCIO DA SOBERANIA PELO ENTE POLÍTICO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Daniel Tempski Ferreira da Costa.

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

VICTOR CHEMIN BRANCO LIPINSKI

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, E SEU REFLEXO NO
EXERCÍCIO DA SOBERANIA PELO ENTE POLÍTICO.
A NOVA FACETA DE UM CONTEXTO INTERNACIONAL GLOBALIZADO E OS
NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

"I do not recognize the body that has authorized you and I don't recognize this aggression. I do not respond to this so-called court, with all due respect". Saddam Hussein.

AGRADECIMENTOS

O presente espaço não é o suficiente para exprimir os necessários agradecimentos para todos que de alguma forma, direta ou indireta, colaboraram à conclusão desta tarefa excessivamente hercúlea. Ainda que fosse preenchido com um rol de nomes e agradecimentos, facilmente chegar-se-ia a conclusão de que este rol seria meramente exemplificativo, e incapaz de contemplar todo o contexto fático nebuloso que permeou a execução deste trabalho. Por outro lado, a omissão e abstrativização dos necessários agradecimentos, sem sombra de dúvidas, não apenas seria condenável, como seria uma expressão leviana de uma postura flagrantemente egoística, incondizente com os percalços experimentados. Assim, delimitado por tal espaço, faz-se imprescindível resguardar todos os principais nomes que não mediram esforços em colaborar com a conclusão desta monografia.

Primeiramente, agradeço a minha mãe, Katia Chemin Branco, por todo o empenho e dedicação, os quais extrapolaram o carinho ordinário decorrente da mera relação biológica, por ter acreditado, ouvido as minhas reclamações, orientado, aconselhado e participado de todas as vitórias e derrotas. Incluindo, aí, os espólios das conquistas almejadas e obtidas, e suportado, em conjunto, todos os aborrecimentos e dissabores dos insucessos. A mera extensão de tal agradecimento e a sua proposital posição é incapaz de exprimir todo o orgulho e amor que nutro por ti.

Em sequência, agradeço ao meu orientador, professor e chefe, Dr. Daniel Tempski Ferreira da Costa por, além de ter aberto as portas para um universo completamente novo do funcionalismo público, não ter medido esforços em prestar

todo a forma de apoio e esforço, não apenas em relação à vida acadêmica, como também na minha vida profissional.

Às amizades do Don Ignácio, e coloque aí no mínimo 15 (quinze) anos de convivência, meus sinceros “OFF RM. AB” (SIC), para todos os senhores.

Por fim, e não menos importante, agradeço meu filho Junior pela paciência e consideração manifestas, considerando que, infelizmente, chegamos a ficar aproximadamente 2 (dois) meses sem nos ver, e mesmo assim fui recebido com muita festa, amor e carinho. Papai ama você.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PROBLEMÁTICA DA CONCEITUAÇÃO DO ESTADO	12
2.1 ELEMENTOS DE COMPOSIÇÃO DO ESTADO	15
2.2 A SOBERANIA COMO ELEMENTO QUALIFICATIVO AO ESTADO.....	19
2.3 A NECESSÁRIA CONVALIDAÇÃO EXTERNA À SOBERANIA	21
2.4 O CONCEITO E EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO, SOB A ÓTICA DE UM MONOPÓLIO ESTATAL.....	25
3 A SEARA PENAL COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA DE UM ESTADO	29
3.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SEU REFLEXO NO DIREITO PENAL.....	33
3.2 AS FONTES DO DIREITO PENAL SOB O CRIVO DA SOBERANIA.....	37
3.2.1 Fonte Material	39
3.2.2 Fonte Formal.....	40
3.2.2.1 Costume	42
3.2.2.2 Princípios gerais do Direito	44
3.2.2.3 Atos administrativos como complementação às normas penais em branco	46
3.2.2.4 Jurisprudência.....	48
3.2.2.5 Doutrina.....	49
3.2.2.6 Lei Fundamental.....	50
4 O CARÁTER TRANSNACIONAL DO DIREITO PENAL SOB A ÉGIDE DA GLOBALIZAÇÃO	54
4.1 A TECNOLOGIA E O DIREITO PENAL.....	56
4.2 A EXTRADIÇÃO COMO DILIGÊNCIA DE INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA CRIMINAL	60
4.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL	62
4.4 DIREITO PENAL INTERNACIONAL	65
4.5 DIREITO INTERNACIONAL PENAL.....	67
4.6 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL.....	71
5 CONCLUSÃO	75
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o condão de correlacionar os conceitos clássicos da configuração e formatação do Estado, como do próprio Direito Penal, defendidos e consolidados pela Doutrina, com a presente realidade pós-moderna globalizada. A soberania até então expressada em seu contexto imperativo, nos moldes do fomento a um ordenamento jurídico repressivo, por ocasião do desenvolvimento do estudo, será submetida a um crivo internacionalista, para aferição de seu grau de relativização ou diminuição, conforme a instituição de uma nova faceta globalizada, completamente distinta dos momentos históricos que sedimentaram os conceitos clássicos da atividade legislativa repressiva, e do exercício estatal da jurisdição penal. Tal expediente visa apurar o processo de reconfiguração da soberania do ente político, vislumbrada na metamorfose a qual o Direito Penal acabou submetido, para fins de compatibilização de atividades até então monopolizadas e indispensáveis, com uma nova realidade que preconiza pela integração e cooperação, visando o rompimento de barreiras. Nos moldes da Teoria Clássica da Separação de Poderes, como expediente à sobrevivência do Estado em um contexto que pregava pelo fim do absolutismo, os reflexos sentidos na seara criminal, vista como o espaço jurídico mais expressivo para o exercício da soberania do Estado, serão apurados para uma nova delimitação e conceituação conforme o respectivo processo de internacionalização legado no contexto globalizado da atualidade.

Palavras-chave: Direito Penal. Jurisdição Penal. Soberania. Globalização. Internacionalização. Estado.

1 INTRODUÇÃO

A formatação clássica de um Estado pressupõe que a soberania estatal, entre os seus diversos ramos, na seara Jurídica, se manifesta na capacidade de um ente prestar, isoladamente, a função jurisdicional dentro de seus limites geográficos e dos territórios que o integram, com fulcro nas normativas por si criadas.

Este conceito clássico, contudo, encontra-se em mutação diante do próprio fenômeno de internacionalização do Direito, o qual acomete todas as searas jurídicas, com especial ênfase no âmbito criminal. Nesse campo, cita-se o desenvolvimento de normativas internacionais, absorvidas pelos ordenamentos jurídicos de diversos Estados, assim como a criação da Corte Penal Internacional, dotadas da capacidade de aplicação das normativas internacionais, transmutando-se em um órgão supranacional dotado de função jurisdicional.

Constata-se, portanto, que tal fenômeno recai propositalmente sobre figuras intrínsecas à própria formalização da figura do Estado, posto que interfere no exercício de competências inerentes à própria soberania estatal, causando uma perturbação na capacidade normativa e no exercício da prerrogativa jurisdicional.

Esse fenômeno limitador, ainda que de cunho externo, e não interno, deriva da própria solidificação do Estado Democrático de Direito, como um necessário entrave às atividades imperativas estatais, em decorrência do seu próprio uso abusivo em desfavor da própria humanidade.

Nessa toada, o Direito, até então no ápice do positivismo jurídico, visto como um conjunto de normas instituído pelo Estado para regulamentar as práticas do cotidiano, e, portanto, adotado como uma ferramenta desprovida de qualquer protagonismo, acabava corrompido por qualquer ideologia dominante em uma sociedade, a qual tivesse a capacidade suficiente de impregnar os setores estatais. Logo a capacidade normativa e a função jurisdicional eram instrumentalizadas para legitimar ações estatais corrompidas por ideologias e interesses escusos.

Assim, o Direito, perante à formatação clássica estatal, fundada no exercício imperativo da soberania estatal, dentro do território do Estado, servia, tão

somente, como um instrumento à legitimação do próprio ente criado, como também para as suas práticas.

Em relação ao Direito Penal, a situação era ainda mais drástica do que outros ramos jurídicos, consoante à a faculdade exclusiva do Estado em tipificar as condutas tidas como intoleráveis, e a natureza e o grau da extensão da reprimenda a ser aplicada, que possuía como destinatário final o próprio ser humano.

Na seara moderna, a jurisdição penal é um elemento que possui uma característica paradoxal, quando analisada do ponto de vista da extensão da soberania. Seu exercício dentro das limitações territoriais do ente político em questão é tido como absoluto, mas, ao mesmo tempo, é confrontado por uma jurisdição penal internacional, de um órgão supranacional. Em outros termos, uma prerrogativa que se transmutaria na própria soberania, a qual exige uma natureza imperativa, acabou por ser repartida com uma entidade internacional, nos mesmos moldes e implicações.

Se o modelo clássico prega que a atividade normativa penal e a jurisdição penal são exclusivas de um Estado tido como soberano, a realidade globalizada e complexa da atualidade, prega, na contramão, pela inexistência de tais monopólios, e pelo seu exercício análogo por órgãos internacionais. Contudo, sem a existência de uma hierarquia entre tais atividades, mas de uma complementaridade entre cada uma.

Noutro vértice, também se constata que a capacidade legislativa de um Estado, ainda que em um grau menos acentuado, também sofre reflexos de normativas internacionais, provenientes do próprio exercício soberano de um ente estatal de submeter-se a elas. Logo, conforme o interesse e conveniência de um país, normativas penais emanadas de convenções e tratados internacionais são absorvidas e positivadas dentro do ordenamento jurídico local, passíveis de sua aplicação por meio do exercício da jurisdição, seja ela local ou internacional.

O processo gradual de internacionalização dos ramos jurídicos ainda caminhava de forma embrionária no século XX, traduzida nas tentativas primárias de editar normas internacionais por meio de convenções internacionais voltadas para temas de natureza ampla, como o Direito Castrense, e o desenvolvimento gradual do próprio Direito Internacional Privado, por meio da tentativa de codificação de normas jurídicas dos ramos do direito privado.

Todavia, o grande impulso, sem sombra de dúvidas, adveio dos tribunais *ad hocs* como Nuremberg, Tóquio, antiga Iugoslávia e Ruanda, os quais permitiram, pela primeira vez, a sedimentação de normas penais jurídicas passível de aplicação via a prestação de uma função jurisdição penal de cunho internacional. Praticada, inclusive, à revelia de alguns Estados.

O reflexo de tal iniciativa, afronta, diretamente, com o próprio modelo clássico estatal em voga, posto que dentro de um ente estatal, coexistem duas jurisdições penais, uma nacional e outra internacional, e normativas penais de cunho nacional e internacional.

Houve a necessidade de desenvolvimento de institutos jurídicos que amoldassem ambas as jurisdições e normas dentro de um ente, visando não desvirtuar a própria característica soberana do Estado. Em outros termos, evitar que se estabelecesse uma relação hierárquica entre ente político e o órgão internacional.

Ademais, ainda que houvessem circunstâncias e fatos históricos que respaldassem a atitude de dirimir o poder imperativo do Estado, com maior ênfase na seara criminal, seus reflexos acabaram por ultrapassar o próprio ramo jurídico e infringir a própria natureza do Estado, afetando o seu âmago e retirando-lhe a validade imperativa encontrada no seu próprio ordenamento jurídico e no exercício de suas atividades exclusivas.

Diante da celeuma resultante, surgiu a necessidade de desenvolver um novo modelo estatal, objetivando a conjugação da seara interna como da seara externa no ramo penalista, alheio ao conceito clássico, não mais condizente com a nova realidade.

Sem embargo, estar-se-á diante de um processo irreversível em que determinadas atividades outrora tidas como imperativas dentro de um limite territorial, são objeto de complementação e respaldo de órgãos internacionais, dotados das mesmas prerrogativas, mas com um alcance que transcendem quaisquer fronteiras estabelecidas.

Urge, portanto, identificar o processo histórico de que resultou na internacionalização do Direito Penal, a sua vigência, os seus reflexos sobre as atividades do Estado e o resultado sobre a soberania estatal.

2 A PROBLEMÁTICA DA CONCEITUAÇÃO DO ESTADO.

Diante da abstrativização da própria figura do Estado, a busca por um conceito amplo capaz de exprimir a sua essência perante os diversos ramos do conhecimento humano é uma tarefa hercúlea.

Na semântica do termo, originário do latim “*Status*”, verifica-se que o seu emprego genérico originário dizia respeito “à uma condição geral de estabilidade”¹ (LOUGHLIN, 2012, p. 187), empregada à época na sociedade romana em variados contextos.

Martin Loughlin (2012, p. 187) identificou que o seu uso acabou restrito à esfera pública, envolvendo a representação de ações e assuntos relacionados ao governo da sociedade romana, até que passou a expressar o próprio governo instituído.

Esta noção de estabilidade prevista na origem do termo, vem ao encontro da constatação realizada por Dalmo de Abreu Dallari, acerca do surgimento dos primeiros agrupamentos humanos, em razão das intempéries da no período da Antiguidade. Nessa senda, o autor identificou uma correlação entre o desenvolvimento intelectual e tecnológico humano, com a gradativa complexidade das relações sociais, as quais necessitavam de administração.

(...) desde os tempos mais remotos até nossos dias, verificamos que, à medida em que se desenvolveram os meios de controle e aproveitamento da natureza, com a descoberta, a invenção e o aperfeiçoamento de instrumentos de trabalho e de defesa, a sociedade simples foi-se tornando cada vez mais complexa. Grupos foram-se constituindo dentro da sociedade, para executar tarefas específicas, chegando-se a um pluralismo social extremamente complexo. (2007, p. 20)

Até então, as funções mais essenciais dos pequenos agrupamentos recaíam apenas sobre os instintos mais básicos do ser humano, e eram exercidas em um caráter estritamente comunitário, conforme a sua baixa complexidade. Contudo, a gradativa complexidade das relações sociais pelo próprio desenvolvimento das sociedades, implicou na necessidade de mudança de sua organização, havendo a necessidade de eleição de indivíduos para que exercessem

¹ Em tradução livre de: “to a general condition of stability”.

encargos hierárquicos exclusivos, como também o desenvolvimento de estruturas, além dos próprios indivíduos, responsáveis pelo cumprimento de determinadas prerrogativas.

Montesquieu (1996, p. 14) atribui o processo de reorganização e modernização das sociedades primitivas em novas estruturas, a um fenômeno natural, fundado no exercício da capacidade cognitiva do próprio homem, já identificada como a razão humana. O autor também valora positivamente tal capacidade como um diferencial dos demais animais, tidos como irracionais, incapazes de se ajustar as demais intempéries naturais.

Logo, o uso excepcional da razão humana para criar e ampliar as estruturas desenvolvidas para pacificar e organizar a sociedade, dará ensejo, primeiramente, na pacificação daquele núcleo em torno da sobrevivência de todos, em razão da interrupção de conflitos internos. Ato contínuo, diante desta necessária estabilidade interna, este estado, denominado “social”, converterá os indivíduos daquele agrupamento para o alegado “estado de guerra”, em que através desta coesão social, resultante na maximização da força interna daquela sociedade, passarão a guerrear com outros grupos, objetivando a expansão e dominação de seus territórios, como a aniquilação de rivais, sob uma premissa de superioridade sobre outros grupos desorganizados (MONTESQUIEU, 1996, p. 15).

O Estado embrionário, em seu sentido histórico e político, advém deste contexto paradigmático descrito por Montesquieu. Em um primeiro momento, o agrupamento humano, em atenção à sua própria natureza, buscará a pacificação social, por meio do desenvolvimento de entidades e órgãos complexos, dotados da prerrogativa do exercício de atividades genéricas relacionadas ao cotidiano daquele núcleo populacional, como a administração e gerenciamento. Neste estágio, em que há uma maximização de esforços e vontades, obtêm-se um sentimento de superioridade em relação às intempéries rotineiras, transmutado no desenvolvimento de uma vida ordenada e obreira, dentro dos limites territoriais daquele agrupamento.

Atingido tal estágio, a pacificação é convertida em um sentimento de conquista, haja vista a manifestação de uma força aquém do estado natural do homem, originária de um estágio considerável de coesão social de uma sociedade. Logo, há uma busca pela imposição desta ordem perante outros grupos, ordenados ou não, visando a expandir os limites daquele agrupamento humano sobre outros

rivais, como a sua conquista, seja através da destruição ou de sua absorção, em um claro viés darwinista.

Nesse contexto paradoxal de pacificação e conflito, é que se verifica que o termo *Status* apresenta a semântica mais adequada, haja vista a necessidade de que uma sociedade embrionária apresente forte higidez interna, para sobreviver ao processo de pacificação interna, como aos embates sequenciais.

Na tentativa de buscar uma classificação para o termo, Hans Kelsen (2009, p. 181) constata por sua dificuldade e imprecisão, uma vez que o termo “Estado” é utilizado para denotar diversos objetos jurídicos distintos, além do próprio governo instituído.

Primeiramente, o autor (2009, p. 181) verifica pelo predomínio do seu emprego para referir-se coloquialmente à sociedade apenas. Noutro giro, também verifica pela adoção de seu termo para referir-se, de forma abstrata, à uma instância específica desta, como o seu governo, ou até mesmo os órgãos que compõem uma cúpula responsável pela administração e gerenciamento de um agrupamento humano. Porquanto, tratam-se de empregos obviamente idênticos, mas para substratos completamente distintos de uma sociedade integrada dentro de um território.

Nessa senda, para a solução da imprecisão da conceituação, Kelsen (2009, p. 181) assentará pela necessidade de que a figura do Estado seja analisada, interpretada e conceituada, unicamente do ponto de vista jurídico. Primeiramente, definirá que o próprio surgimento do ente estatal é um fenômeno originário do Direito, comparando-o com a ficção jurídica de uma pessoa jurídica, criada para conceituar a figura de uma empresa ou um composto de indivíduos, por exemplo.

E partindo desta premissa, conceituará a concepção jurídica do Estado como.

(...) é uma comunidade criada por uma ordem jurídica nacional. O Estado como uma pessoa jurídica é a personificação desta comunidade, ou, a ordem jurídica nacional constituída desta comunidade. (2009, p. 181)²

O conceito apresentado por Kelsen, conforme analisa Erika Cudworth *et al* (2007, p. 95), possui uma forte influência weberiana, na qual Max Weber já

² Em tradução livre de: “(...) is the community created by a national legal order. The State as a juristic person is a personification of this community or the national legal order constituting this community”.

conceituava o Estado como uma figura abstrata, adotada para representar uma entidade política centralizada e definida para representar um povo, dentro de um limite geográfico, em caráter compulsório e imperativo e dotada do monopólio do uso legítimo da força. Sendo que, a abstrativização apontada, é combatida por Kelsen, quando este recorre ao Direito como um critério de fundamento e validade ao Estado.

Divergindo dos modelos de conceituação abstrata da figura estatal, Jan-Erik Lane (1996, p. 90), aponta que a conceituação genérica de Estado não atende a finalidade proposta, uma vez que se distancia dos elementos que reconhecidamente integram e representam um ente político.

Para o autor (1996, p. 89), que adota como norte a ciência política, no tocante à diferenciação de conceitos e modelos de Estados existentes, a premissa da busca da explicação do fenômeno resultante do ente político, deve, obrigatoriamente, tomar como fundamento os elementos notórios que, ao serem conjugados, resultariam na formação de um Estado (1996, p. 90), e não a abstrativização de qualquer ciência do conhecimento humano.

Porquanto, se existem elementos que ao serem conjugados resultam na manifestação de um fenômeno, o Estado na hipótese formulada, o autor aduz (1996, p. 89) que haveriam entre tais figuras pontos de conexão e repulsão em razão de um denominador comum. E a análise pormenorizada de cada elemento conexo, fundamentaria uma compreensão abstrata do Estado, incluindo, aí, seu conceito impreciso, visto como mero produto final de tais figuras.

2.1 ELEMENTOS DE COMPOSIÇÃO DO ESTADO.

Ao buscar parâmetros para especificar a composição de um Estado, Hans Kelsen (2009, p. 207) cita como fundamental a pré-existência de três elementos: território, povo e poder. Em sequência, conclui pela necessária conjugação de tais elementos para o preenchimento de um embrião de um Estado, sem adentrar, ainda, na necessária ordem jurídica correlacionada.

Na concepção defendida por Kelsen (2009, p. 207), o elemento territorial não deve ser interpretado em seu sentido geográfico literal, diante da

possibilidade de desmembramento e extensão ultramarina. Ao pontuar que o embrião do Estado é a própria sociedade, o autor (2009, p. 211) aduz que o território deve ser visto como um espaço de contenção, tanto para acomodar uma população, ainda que separadas por continentes e oceanos, como também por uma delimitação física para o exercício das atividades dos órgãos administrativos estabelecidos, em atenção às fronteiras entre Estados, as quais, justamente, originam-se de tal elemento.

De acordo com Lech e Moreira (2004, p. 28), o território de um ente deve abarcar tanto o seu espaço terrestre, aéreo, o mar territorial, sua plataforma continental e o subsolo (terrestre ou marítimo). Concluem, ainda, que tal figura deve ser identificada como o espaço natural para o exercício de uma ordem jurídica estabelecida por um ente estatal, previamente instituída e atualmente vigente.

Seguindo tal linha, território seria a delimitação física para o exercício das atividades inerentes de uma sociedade, como também um critério delimitador de sua manifestação naturalística, em razão das fronteiras.

Em sequência, ao classificar o critério povo, Kelsen (2009, p. 255), aduz, em síntese, que este deve ser visto como um agregado de indivíduos, conjugados em um espaço físico e sujeitos a um exercício de um poder superior às relações sociais ali existentes, o qual se origina da sociedade ali estabelecida.

Na mesma linha, Günter Frankenberg (2007, p. 41) aduz que a própria existência do povo é um critério legitimador à ordem jurídica estabelecida no bojo de uma sociedade, e, ainda, destinatário das obrigações e responsabilidades originárias das atividades estatais que possuem como condão regulamentá-la. Porquanto, estabelece uma relação embrionária entre o ente gestado no seio de um agrupamento humano, sua finalidade e os ônus decorrentes da necessidade de administrá-la.

Ato contínuo, sobre o elemento “poder”, Kelsen (2009, p. 255) o sintetiza como a quantificação da validade e da eficácia da ordem jurídica instituída, da qual se origina da conjugação dos elementos território e povo, visto que tal imperatividade deve recair sobre alguém, e deve ser contido por uma delimitação física.

Em havendo o estabelecimento de uma sociedade complexa sobre um espaço físico delimitado, inequivocamente há o desenvolvimento de diversas estruturas hierárquicas, consubstanciadas na normatização da vida em sociedade,

da administração e gerenciamento daquele espaço físico e dos indivíduos que lá o integram. Nesse sentido, a figura do “poder” é interpretada como a capacidade de execução das normas e regulamentações instituídas da ordem jurídica fomentada, através das atividades estatais, originário de uma sociedade perfeitamente delimitada em um espaço territorial, dos quais ambos irão conter e delimitar a extensão e as atribuições dos efeitos do exercício deste poder por um ente político estabelecido.

Logo, verifica-se que Kelsen e Frankenberg estabelecem uma relação intrínseca entre os critérios “povo” e “poder”, uma vez que a complexidade da sociedade estabelecida, resulta na formação de um poder, o qual será cedido ao ente político, ao passo que o exercício deste poder, deve possuir uma finalidade e sentido, os quais são exprimidos nos anseios da própria sociedade.

Noutra banda, nas palavras de Diogo Aurélio (2016, p. 8), referindo-se ao debate proposto por Jean Bodin, acerca das diferenças entre Império (como regime de governo) e a própria figura da estatal, afirma que a instituição de um ente estatal implica na concentração e centralização do poder, o qual encontrava-se até então descentralizado na sociedade. Nesse sentido, não haveria o que se falar do surgimento de um poder em razão da existência do ente estatal, mas de sua concentração e repasse à uma autoridade constituída acima dos interesses particulares difusos nas relações sociais estabelecidas, posto que era até então pré-existente.

Dessa feita, uma vez instituído o ente estatal, a unicidade do poder transmuta-se no exercício de prerrogativas superiores e independentes de qualquer outra faceta no bojo da sociedade, como os campos religiosos e civil, por exemplo (AURÉLIO, 2016, p. 8).

Nesse sentido, o brocardo constitucional insculpido no artigo 1º da Constituição Federal (Brasil, 1988, sem página), segundo o qual “todo o poder emana do povo”, é uma construção estruturalista kelseniana.

Há o indicativo claro de que o poder, visto como as atividades e funções de um ente estatal, estão em uma condição hierárquica ao povo, posto que existem e são exercidos à revelia de interesses particulares, já que fundado nos interesses da maioria da sociedade, expressados pela via democrática. Contudo, não é imperativo, já que é confrontado e limitado pelo próprio povo, o qual é a fonte

originária do Estado, destinatário de si e responsável, pela via representativa, por sua manifestação e exercício.

Todavia, por se tratar de uma abstração, há divergências de natureza casualísticas em relação à conjugação dos elementos de formação de um Estado.

Por exemplo, ao explicar o fundamento constitucional da existência do Estado de Israel, Suzi Navot (2007, p. 309), aduz que o componente “povo”, visto como o povo judeu, é um critério constitutivo único do ente estatal, na medida em que lhe atribui valor sopesando o próprio território ou o poder, atribuindo, assim, uma característica e finalidade ao próprio ente estatal criado, qual seja, a formação de um Estado para um povo.

Logo, ao contrário de outros países, por exemplo, que carregam uma representação abstrata do próprio Estado, em razão de um multiculturalismo, da existência de diversas etnias dentro de seu território ou da própria história, Israel apresenta-se como um “Estado judeu”, vinculando-se ao seu povo. Assim, um de seus elementos constitutivos é alçado à uma condição ímpar, em que deixa de ser um simples elemento pelo qual o Estado advém, ou destinatário de si, mas uma atribuição ao ente gerado, atribuindo-lhe um critério valorativo ao ente. Independente, ainda, de qualquer outra característica passível de atribuição ao ente, alheia, por óbvio, aos seus elementos constitutivos.

Outro exemplo prático, diz respeito à formação de Estados que adotam o modelo de confederação.

Segundo Alina Kaczorowska-Ireland (2015, p. 180), a confederação é um modelo de formatação estatal, derivado da união consensual de dois Estados independentes, com objetivos em comum. Contudo, mesmo diante da criação de um governo central, incumbido de tarefas relacionados aos assuntos externos, por exemplo, cada um dos Estados membros possuem a sua personalidade jurídica própria, e o poder de gerenciar os seus assuntos domésticos. Nesse contexto, os entes confederados não perdem a sua independência, já que continuam a gerenciar suas atividades de praxe, delegando apenas parte da administração de seus assuntos no campo externo, para um ente centralizado formado *a posteriori*.

Como exemplo, a autora (2015, p. 180) cita a constituição soviética de 1936, a qual fora emendada em 1944 para autorizar que as ex-repúblicas soviéticas da Ucrânia e de Belarus, que já possuíam a prerrogativa de administrar de forma autônoma os seus respectivos territórios, a assinarem tratados internacionais, como

também a participarem, por conta própria, como membros da Organização das Nações Unidas. Outro exemplo é a Benelux, uma entidade originária da união econômica entre a Holanda, Bélgica e Luxemburgo, a qual disciplinava uma coligação da economia destes três países, por meio da livre circulação de bens, pessoas e serviços, objetivando uma política única econômica. Todavia, sem interferir em qualquer outra atividade estatal de seus membros.

2.2 A SOBERANIA COMO ELEMENTO QUALIFICATIVO AO ESTADO.

Karen Gevorgyan leciona que “a soberania é uma propriedade política e legal necessária e inalienável para qualquer Estado” (2014, p. 431)³. Apontando, assim, por uma vinculação entre a figura estatal e tal atributo de natureza complementar.

Ao relacionar a figura da soberania com os anseios do homem, Darcy Azambuja (2008, p. 74), identifica que a origem histórica de uma atribuição tida como soberana, recai na indagação da origem das instituições de cunho político estabelecidas na sociedade, as quais interferiam no cotidiano, por meio do exercício de um poder e de autoridade.

Feito tal esclarecimento, Azambuja (2008, p. 74) delimita que a soberania é a instância máxima do exercício do poder político exercido por ente estatal, capaz, posteriormente, de conferir legitimidade e autoridade às ações praticadas no plano interno (AZAMBUJA, 2008, p. 88).

Contudo, em que pese o caráter atributivo ao poder político, o autor conclui que seu exercício não é absoluto, já que o poder político, ainda que soberano, é contido por ele próprio durante o exercício das faculdades estatais.

A soberania, portanto, embora seja o mais alto poder dentro da coletividade organizada no Estado, não é um poder arbitrário e despótico. O Estado edita o direito positivo e a ele se subordina, equilibrando assim o poder, que necessariamente tem de possuir, com os direitos dos indivíduos. (2008, p. 88-89)

³ Em tradução livre de: “Sovereignty is a necessary and inalienable political and legal property of any state”.

Patrícia Ribeiro (2001, p. 34) classifica o exercício da autolimitação do poder soberano, como “soberania ilimitada”, aduzindo que cada um dos entes do Estado, devidamente previstos nas respectivas Constituições, adota uma característica absoluta em relação à sua finalidade e atuação, obstando qualquer interferência de outro órgão interno em atenção ao ordenamento jurídico local. Ato contínuo, em havendo necessidade de que tais órgãos se relacionem entre si, ambos exercem uma autolimitação, em que nenhum órgão poderá se sobrepor ao outro, respeitando cada campo de atuação.

Assim como a característica de superioridade, vista na sua própria existência, e na sua própria validade, é utilizada como contraponto às atividades de outro órgão. Portanto, apenas um órgão pode contrapor e confrontar outro, dentro de sua soberania, conforme a manifestação de seu consentimento favorável em acatar o pleito de outro. Nesse contexto, a autora (2001, p. 34) aduz pela necessidade de analisar a soberania sobre dois critérios: vertical e horizontal.

No que concerne à soberania vertical, esta deve ser compreendida como o acato máximo à ordem interna desenvolvida, instituída por meio do texto constitucional positivado, em que os organismos previstos para gerir a sociedade possuem legitimidade para atuar sobre interesses particulares difusos. Não havendo, assim, qualquer outra figura normativa alheia à previsão da Lei Fundamental, ou da própria sociedade civil, capaz de suplantar a ordem previamente estabelecida graças aos organismos estatais devidamente legitimados no texto constitucional.

Já em relação à soberania horizontal, esta é vista como a própria prerrogativa conflitante e complementar, fundada na atuação e vigência de cada um dos órgãos, em estrita consonância com suas respectivas competências. De modo que em obediência ao critério hierárquico disposto, cada ente atua em uma mesma linearidade, conforme o mesmo valor absoluto de cada um, conferido pelo ordenamento jurídico. Porquanto, atuações invasivas de um ente sobre o outro, só podem ser admitidas conforme manifesto consentimento do ente.

Nessa linha estabelecida, ao conceituar a figura da soberania, Miguel Reale a identificará como “um poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de decisões nos limites dos fins éticos de convivência” (2010, p. 127).

De análise rasa, verifica-se que tal conceito conjuga em si os citados vértices, expondo de forma abstrata o imperativo hierárquico originário da posituação da Lei Fundamental, como de suas respectivas atuações no âmbito interno.

Por outro lado, a doutrina de Carl Schmitt (2006, p. 14) diverge das concepções primitivas de que a soberania é vista como o monopólio de determinadas faculdades, das quais o seu exercício resulte na imposição de preceitos e brocardos.

Para o autor (2006, p. 14), a soberania estatal deve ser observada, no seu escopo jurídico, como o exercício exclusivo da faculdade decisória de última instância de qualquer tema social, ou, de uma eventual necessidade manifesta no seio de uma sociedade. Seguindo tal linha, constatar-se-á que um determinado ente possui uma faculdade plenamente reconhecida de pacificar a sociedade, expondo a resposta definitiva para um determinado tema ou ação, manifesta no âmbito das discussões acaloradas entre os integrantes de um agrupamento.

Porquanto, há, por óbvio, o reconhecimento de que as atividades imperativas estariam implícitas na faculdade do Estado em executar a decisão definitiva manifesta, seja editando normativas para pacificação e regulamentação de temas controversos, ou, da execução de atos após o esgotamento das instâncias administrativas e jurídicas relacionadas à análise do tema em voga, por exemplo.

O reconhecimento social e a ausência de insurgência interna, no que concerne à decisão manifesta e sua subsequente execução, são situações que denotam pelo reconhecimento do critério valorativo “soberano” ao ente dotado da prerrogativa do monopólio do exercício da faculdade de decidir, em caráter definitivo, eventual celeuma gerada na sociedade sem qualquer embaraço.

2.3 A NECESSÁRIA CONVALIDAÇÃO EXTERNA À SOBERANIA

Em crítica direta ao conceito dado por Carl Schmitt, Zygmunt Bauman (2011, p. 148) aduz que a soberania vista como a prerrogativa exclusiva de um ente político deter a capacidade de proferir uma decisão definitiva (em seu sentido *lato*)

sobre um tema, não pode ser admitida como preponderante, ainda que em um contexto interno.

Ao analisar o contexto excessivamente complexo do mundo moderno, dando maior ênfase ao processo de globalização, Bauman (2011, p. 148) aduz que o exercício da soberania interna vem sendo gradativamente suplantada por outros agentes. O autor cita empresas financeiras, industriais e comerciais multinacionais, reconhecendo que são dotados de grande protagonismo no comércio internacional, com um poder econômico capaz de conflitar, por exemplo, com um Estado de médio porte.

Confrontando a disposição teórica com a realidade observada, Bauman afirma que.

A soberania – o direito de proclamar as leis, de suspendê-las e estabelecer exceções à sua aplicação segundo sua vontade e o poder de impor e efetivar essas decisões – é, para qualquer território dado e para qualquer aspecto da vida, fragmentado, disperso e disseminado numa multiplicidade de centros. Por essa razão, ela é questionável e passível de contestação (2011, p. 148).

Verifica-se, assim, que seu conceito traz uma crítica flagrante aos modelos arcaicos que conceituavam soberania como um fenômeno interno, excessivamente imperial, restrito ao território do Estado, como preponderante a qualquer elemento interno, ou alheia a fenômenos externos.

Em sequência, Bauman (1999, p. 74) analisa que a globalização, especialmente em seu caráter econômico, tolheu do Estado o controle político da economia interna. Assim, as ações imperativas até então fundadas no exercício da liberdade de ação do Estado, não seriam mais confrontadas por respostas internas, mas sujeitas à “punição dos mercados mundiais” (1999, p. 74). Logo, houve o desenvolvimento de um filtro além das fronteiras, para controle e valoração da atividade soberana.

Uma vez que a reunião de recursos atua como lastro à manutenção de um Estado, em amparo às suas funções de administração e gerência, verifica-se que a partir do momento em que o fluxo de capitais passa a ocorrer de forma descentralizada entre agentes de direito privado de natureza transnacional, os quais passam a adotar um poderio econômico comparável ao de um Estado, o poder político de um ente acaba confrontado por um agente alheio à sociedade internacional. Se outrora as ações estatais eram imperativas, agora, passaram a ser

confrontadas por outras figuras, tanto em seu campo interno, como no seu campo externo, inclusive, de natureza privada.

Na mesma linha, a globalização é citada por Carlos Alberto Tomaz (2012, p. 91 e 92) como impeditivo à visão clássica kelseniana, fundada na premissa do poder político soberano ser exercido por uma atuação imperativa estatal, com fulcro nos limites jurídicos instituídos por sua Lei Fundamental. Tal precedente não encontraria mais qualquer amparo na vigente complexidade das relações estabelecidas, as quais não mais restam restritas apenas ao campo normativo concreto. Noutra linha, a globalização tornaria defesa a legitimação do exercício de um poder político imperativo, delimitado apenas por critérios de validade adstritos ao seu território, considerando a transnacionalidade instituída em diversos ramos acobertados por ações estatais.

Em outros termos, uma atuação negativa ou positiva de um Estado não deve, como não pode buscar validade apenas em seu ordenamento jurídico interno. A legitimidade não mais resta adstrita ao texto constitucional interno, mas em uma nova ordem instituída, a qual supera os limites geográficos dos entes estatais.

Recorrendo à uma figura de linguagem, para justificar o exercício da soberania de um Estado europeu membro da União Europeia, Patrícia Frago Martins (2006, p. 45) leciona que a realidade pós-moderna e comunitária da atualidade, não deve ser vista como algo que resulte na transferência da soberania de um ente para outro, ou, na redução do alcance das ações de um Estado. Na prática, a soberania deve ser vista como um envelope vazio, o qual é preenchido por elementos provenientes de elementos estrangeiros.

Esta prerrogativa outrora imperativa, tornou-se excessivamente abstrata, dependente da adoção de elementos estrangeiros que lhe tornem válida, mas, mesmo assim, capaz de coexistir com outros agentes externos.

Nesse contexto, verifica-se que a hierarquia instituída no plano interno e tida como soberana, mediante acato da sociedade e respaldo jurídico, projeta-se para um campo externo, buscando validade e convalidação além de suas fronteiras.

Nessa seara integrativa, Patrícia Frago Martins (2006, p. 41) pontua que a soberania nacional deve ser acatada, no que se refere à manifestação favorável ou desfavorável à integração de um Estado à sociedade internacional, ou, até mesmo em órgãos supranacionais, na medida em que deve ser respeitada, inclusive, reações adversas à integração. Citando como exemplo a integração

jurídica entre países membros da União Europeia e seu Tribunal de Justiça próprio, a autora destaca que este processo ocorre em passos lentos e graduais, posto que em que pese o reconhecimento acerca “das concepções tradicionais da soberania nacional” (2006, p. 41), o órgão reivindica de forma voluntária a adesão de países membros, em atenção à primazia do direito comunitário desenvolvido. Assim, a reivindicação da relativização da soberania nacional não ocorre de forma agressiva e imposta, mas, nas palavras da autora, de forma “modesta e cautelosa” (2006, p. 41), compatibilizando reações favoráveis e negativas no mesmo contexto.

Carlos Eduardo Pellegrini (2017, p. 569), ao analisar tais reflexos no campo específico do Direito Penal, verifica, por exemplo, que a existência e apreciação de fatos de natureza penal eivados de uma natureza transnacional, ou seja, que extrapolam os limites territoriais e jurisdicionais de um Estado, só podem ser solucionados mediante pleno respeito da soberania interna de um ente político, aqui vista na expressão do regime jurídico adotado, e sua respectiva atuação positiva (voluntária) ou negativa (isolacionista). Porquanto, não se trata de uma supressão de uma prerrogativa estatal, mas de sua compatibilidade com as novas diretrizes supranacionais. Incluindo, aqui, a própria soberania.

Outro critério valorativo às ações estatais, como também fundamental ao desenvolvimento das integrações entre países, é a busca da paz perpétua, citada por Habermas como “um sintoma da condição cosmopolita” (2002, p. 196), sendo esta vista como um interesse homogêneo de pacificação global, e não social, em remissão à sociedade que integra um Estado.

A título exemplificativo, Pinto Ferreira (1943, p. 93) indica que, uma vez que a soberania prima pelo reconhecimento da autoridade da ordem interna entre Estados no campo internacional, uma vez havido o reconhecimento e o acato no plano internacional, seus efeitos são transplantados para o campo interno. Logo, o exercício das atividades estatais dentro de seus limites internos seria independente e supra, ao passo que sua autoridade, não confrontada no plano internacional, por óbvio, também não seria confrontada por indivíduos ou pela própria sociedade, dentro dos limites do ente político em questão.

Assim, a soberania como um elemento qualitativo ao Estado, manifesta-se em sua plenitude, conforme respaldo em ambiente extraterritorial, para a sua plena manifestação, e não como uma simples prerrogativa de mera administração de um território. Assim, a fundação e manutenção de um Estado não

implicam na imediata conquista de sua soberania, meramente pela sua própria existência fática, mas de um processo *a posteriori* ao desenvolvimento inicial de suas atividades, consoante à busca pelo reconhecimento por outros Estados, e o desempenho de suas atividades em atenção aos valores imperativos do plano internacional.

2.4 O CONCEITO E EXERCÍCIO DE JURISDIÇÃO, SOB A ÓTICA DE UM MONOPÓLIO ESTATAL.

Conforme a necessidade de assentar e reger a vida em sociedade dentro de seus limites territoriais, bem como para administrar e coibir os conflitos sociais, em estrita obediência aos ditames atribuídos ao ente político, por óbvio, houve a necessidade de monopolizar tal atividade, com o condão de obstar interrupções e intromissões de outros entes ou indivíduos.

Por se tratar de uma atividade flagrantemente imperativa, há uma necessidade clara de racionalizá-la, objetivando uma aplicação concisa e democrática, em estrita consonância às próprias funções essenciais estatais. Nesse contexto, o próprio Direito, avocado como critério definidor e delimitador do ente, na figura do Estado Democrático de Direito, influi positivamente nos vértices relacionados à atividade de pacificação social e solução de conflitos sociais.

Para a materialização de sua prerrogativa, houve a concessão, em caráter exclusivo, de tal função ao Estado, aqui vista como a figura da jurisdição.

Em extrema síntese, Karl August Betterman (1996, p. 38) afirma que a jurisdição, basicamente, é vista como a prerrogativa estatal de reconhecer ou decidir o que é certo ou errado, em amparo à legislação e ao conflito resultante desta. Pela simples existência de tal estrutura e função, o autor (1996, p.35) leciona que o ente político confere a si próprio a função jurisdicional, transmutando-se, assim, em um Estado-Juiz, mormente pelo qual ao Direito é conferida a função de reger e acautelar a sociedade, por meio da vigência da função jurisdicional

José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 21) acresce que a jurisdição é a maneira pela qual a entidade política avoca para si a prerrogativa de aplicar a norma jurídica para a solução de um conflito, no bojo da sociedade instituída dentro de

seus parâmetros de êxito. Tal atividade visa a solução de um conflito, de acordo com os ditames do Estado. Seria, assim, a sua manifestação imperativa para a solução de um conflito, e não em função, ou benefício de outrem.

Chiovenda (*apud* MARINONI, 2007, pp. 33 e 34) delimitava a jurisdição como “a substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”. Nessa dicção exposta, o Estado, manifesto na figura de um indivíduo dotado da competente investidura, atuaria sobreposto aos interesses particulares dos agentes integrantes da sociedade, para solucionar conflitos postos à sua apreciação, nos termos delimitados pelo ordenamento jurídico constituído pelo próprio ente político originário.

Nos vértices do conceito exposto por Chiovenda, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 77) assentam que a função jurisdicional narrada, deve ser vista como expressão de poder estatal, na medida que o seu exercício é imperativo, é inerente à premissa de se dissociar do conflito social para buscar resolvê-lo. No que concerne às características de tal poder, os autores recorrem às já definidas características conceituais da soberania, para definir que a jurisdição é “uma expressão do poder estatal, o qual é uno e não comporta qualquer ramificação em uma pluralidade de poderes diversificados” (2016, p. 77).

Logo, ambos deduzem que soberania, como atributo do Estado, e jurisdição como atividade, são vinculadas na medida em que a segunda recorre à primeira para se expressar, e esta última se perfaz pela própria atividade desempenhada pela segunda.

Sua aplicabilidade é aprofundada por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Os doutrinadores em comento (2010, p. 44), fundamentam o sentido do Estado em exercer a competente função jurisdicional, com a sua própria e prévia capacidade normativa. Nesse contexto, o ente estatal positiva determinadas regras de convívio em sociedade, estipula obrigações e direitos, determina o que é aceitável ou não, e conforme surjam os conflitos sociais decorrentes de tais normas, vistos como pretensões resistidas entre particulares e agentes públicos, avoca para si, por meio de seu Poder Judiciário, a

função de aplicar a norma ao caso prática, sob a premissa de solução do conflito, já previsto na própria normativa.

Desprende-se de tal enxerto processual, que os doutrinadores vinculam duas funções exclusivas do Estado, a produção normativa e a jurisdição, buscando, em seus exercícios concomitantes, dar-lhes vazão. Nessa esteira, não haveria propósito na edição normativa, se não houvesse qualquer expectativa de aplicá-las, ou, de que delas decorressem conflitos sociais, no tocante à efetivação de obrigações e direitos, por exemplo. Noutra banda, sem a necessária segurança jurídica calcada no diploma normativo que fundamenta uma pretensão, não haveria sentido no Estado tutelar os conflitos sociais, posto que a sociedade recairia no exercício da autotutela, em descompasso à própria finalidade da pacificação social.

Há, assim, uma interdependência entre dois poderes do Estado, o Legislativo e o Judiciário, para que as normas, assentadas pelo primeiro, sejam aplicadas pelo segundo, por ocasião dos conflitos inerentes à vida em sociedade, com amparo à função jurisdicional.

Assim, influi-se que se trata de uma prerrogativa a ser exercida por meio de um monopólio instituído em benefício do ente político, e aplicável de forma imperativa, em contexto delimitado, independente do interesse das partes subordinadas ao próprio Estado.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 149), após definirem a jurisdição como função estatal, ao exemplificarem a sua manifestação, decantam tal figura em três vértices: poder, função e atividade, concluindo que a sua manifestação, em conformidade com o seu próprio postulado de existência, deve se perfazer em tais prismas.

[...] resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. (2010, p. 149)

Sem os necessários vértices apresentados, a jurisdição, em consonância ao seu propósito, se perfaz em uma mera liberalidade de algum órgão protoestatal, visto que não se materializa nos moldes da função estatal outrora delineada.

O poder em comento, em síntese, é a prerrogativa soberana capaz de fundamentar a atividade a ser exercida de forma monopolizada pelo ente estatal, com amparo ao poder imperativo disposto por este.

A função disposta, em resumo, é a finalidade de sua prática, em obediência ao fundamento do Estado, nos moldes da sociedade no seu em torno, que deve ser pacificada e ordenada, em consonância ao ordenamento jurídico constituído.

A atividade citada, *in casu*, é a manifestação fática de seu exercício, nos meandros definidos como Estado, a qual deve ser interpretada como todo o regramento processual atinente ao aforamento de ações judiciais e seu respectivo trâmite. Não se pode olvidar, também, da incidência dos respectivos princípios jurídicos consagrados pelo próprio Estado.

Nesse contexto exposto, a jurisdição como prerrogativa privativa do ente estatal, visa obstar: a) o seu exercício por particulares ou outros entes, em descompasso à hierarquia instituída entre o ente político e o particular dentro de um território determinado; b) a pacificação social visada por particulares, consoante o exercício da autotutela, ou a interferência de outros entes alheios àquele originalmente constituído, e c) a sua expressão em descompasso aos limites já determinados pelo ordenamento jurídico alimentado pela atividade legislativa de um único ente, seja nos moldes definidos por particulares ou outros entes.

Diante desses pontos, José Adércio Leite Sampaio conclui que a jurisdição “é uma das maiores manifestações da soberania de um Estado” (2002, p. 21), pela constatação inequívoca de seu caráter excessivamente monopolizado, e essencial, que resulta na expressão magnânima dos anseios de uma sociedade que se perfectibiliza na constituição de um ente político.

3 A SEARA PENAL COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA DE UM ESTADO.

Consagrada a ideia de que o Estado advém da formação dos primeiros núcleos populacionais, o ente político, por iniciativa própria orientada à sua própria subsistência, avocou para si tarefas específicas para o controle e administração do próprio agrupamento formado no seu entorno. Dentre um rol de funções derivadas da própria práxis, posto que originárias do agravamento das relações sociais estabelecidas, destaca-se o controle e administração da sociedade.

Nessa seara, o Direito Penal surge, inicialmente, aliado à uma visão estruturalista da sociedade, buscando a manutenção da hierarquia criada entre o ente político e a sociedade, manifesta na intervenção no tecido social, por meio da ordenança sobre determinadas condutas. Porquanto, sua concepção inicial demonstra um caráter proibicionista, visto que um ente soberano disciplinava quais condutas seriam permitidas e toleradas, ou, proibidas, apontando a reprimenda correlata.

Udo Ebert aduz que, independentemente de todo o avanço e progresso civilizatório humano, a função principiológica do Direito Penal é a “proteção da convivência pacífica dos seres humanos na sociedade” (2005, p. 1)⁴. Inobstante tal encargo, o autor aponta que tal seara jurídica possui a missão de combater a “conduta socialmente danosa” (2005, p. 1)⁵. No que se refere às condutas indesejadas, por óbvio, não se pode olvidar que se trata de uma situação de inopino, posto que o Estado as define, no momento da positivação da lei, em consonância à sua imperatividade.

Arzt *et al* (2007, p. 5) apontam que o Direito Penal em sua concepção mais primitiva, residia em duas únicas vertentes exclusivas do Estado: proibição e o direito de punição. A fundamentação para tais atividades monopolizadas, residia na moral, nos costumes e na religião adotada (ARZT *et al*, 2007, p. 5).

A atividade legislativa, portanto, era norteadada pelos valores consagrados e definidos pela própria sociedade, referendados por ocasião da positivação da norma. Por seu turno, a reprimenda, em sua concepção

⁴ Tradução livre de: “protección de la convivencia pacífica de los seres humanos en sociedade”.

⁵ Tradução livre de: “conducta socialmente danosa”.

integralmente retributiva, também derivava de tais figuras, que apontavam ao legislador qual o grau e a natureza da punição para determinados comportamentos tidas como “pecaminosos ou heréticos” (ARZT *et al*, 2007, p. 5).

Nesse campo, os autores (2007, p. 5) destacam que a função proibicionista nada mais era do que a instrumentalização dos valores de uma sociedade, citando, como exemplo, o inequívoco consenso de que matar alguém seria abominável, o qual independia de cultura ou posição longitudinal ou latitudinal. Contudo, apontam (2007, p. 5) que a atividade punitiva, nada mais era do que uma simples decorrência da pena a ser imposta, sem qualquer reflexão adicional acerca da origem e razão de se punir, que não a mera retribuição pelo injusto causado no tecido social.

Assim, a atividade punitiva era norteadada pela materialização e autoria do fato, sem qualquer reflexão quanto à extensão da reprimenda adotada, ou, ainda, acerca das origens que resultaram na subsistência da empreitada delitiva.

O substrato social, portanto, era coordenado pelas normas editadas por um único soberano dentro do território definido. Por conseguinte, a eventual reprimenda a ser imposta pelo desafio à norma era exercida pelo mesmo ente responsável pela atividade legislativa. Não havendo, assim, qualquer legitimidade ao particular ou qualquer outro ente alheio, no tocante ao exercício de tais prerrogativas. Tais atividades necessárias à garantia da integridade do Estado e segurança jurídica, restaram monopolizadas dentro de estruturas específicas construídas pelo próprio ente político.

Para tal fim, o Estado se vale da prerrogativa de criminalizar determinados atos, sejam eles praticados por agentes públicos, e, portanto, representantes do ente, ou por particulares. No tocante à conceituação desta faculdade, Nicola Monaghan (2017, p. 3) aduz que a criminalização é o processo pelo qual, por meio de uma figura normativa derivada de um processo legislativo, o Estado determina que a prática de uma conduta resulta no cometimento de um delito. Sendo este último aquilo que é vedado pelo ordenamento jurídico, e, portanto, proibido.

A justificativa dada pelo autor (2017, p. 5), acerca da necessidade de criminalização de determinadas condutas, reside no fato de que a soberania deve ser exercida para vedar práticas que possam causar uma lesão concreta a terceiros

ou aos interesses sociais, tutelados pelo próprio Estado. Incluindo, nesta disposição, até mesmo a expectativa e o risco.

Na mesma linha, Günther Jakobs (2003, p. 8), pontua que a finalidade do Direito Penal deve ser a busca pela manutenção e a reafirmação de direitos dos cidadãos e do próprio Estado, punindo a conduta negativa capaz de lesionar tais figuras, ainda que em contexto abstrato.

É possível estabelecer, diante de tal conceito, uma correlação entre a justificativa à existência do Direito Penal com a necessária, e almejada, pacificação social.

Sobre a finalidade da pacificação social, vista como um norte ao Direito Penal e um encargo qualificativo ao Estado, destaca-se a lição dada por Norbert Elias acerca da existência de animosidades e conflitos no próprio bojo da sociedade, que necessitam da intervenção estatal.

[...] A civilização a que me refiro nunca está completa, e está sempre ameaçada. Corre perigo porque a salvaguarda dos padrões mais civilizados de comportamento e sentimento em sociedade depende de condições específicas. [...] Mas a pacificação interna de uma sociedade também está sempre correndo perigo. Ela é ameaçada por conflitos tanto sociais quanto pessoais, que são atributos normais da vida em sociedade – os próprios conflitos que as instituições pacificadoras estão interessadas em dominar. (1997, p. 1)

A imperatividade de tais atividades, em contexto monopolizado, resultou na própria modificação da formatação do Estado para abrigar o seu exercício, tendo em vista a impossibilidade de que o mesmo vértice do poder central desempenhasse tais atividades inerentes ao Direito Penal. Em outros termos, tendo em vista a insegurança jurídica e a arbitrariedade, houve, por bem, fragmentar o poder estatal, sem afetar a sua soberania, para que vértices distintos do ente desempenhassem as suas atividades, em contrariedade ao absolutismo vigente.

Ao analisar a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, Christoph Möllers (2014, p. 18), concluiu que a fragmentação do poder estatal, não visou, de forma alguma, dirimir o poder do ente, o qual continuaria a desempenhar determinadas prerrogativas ainda que por outros meios. Na verdade, o autor apontou que o decote de determinadas atividades estatais em substratos específicos, visava conceder ao cidadão maior liberdade política, ao resguardá-lo da incerteza e arbitrariedade, manifesta na excessiva concentração de poderes em um

único vértice do Estado, o qual seria fragmentado entre órgãos que atuariam de forma concomitante e contraposta.

Logo, o poderio estatal deveria ser mantido, não havendo necessidade de sua derrocada, contudo, fracionado em razões atreladas à determinadas atividades específicas. Destacando-se, também, que não restariam partilhados com particulares ou até mesmo com outros entes.

Assim, a atividade normativa não poderia estar atrelada com a respectiva aplicação da lei ao caso concreto, da qual também deveria estar dissociada da execução do comando judicial correlato à norma aplicada. Logo, as atividades embrionárias do Direito Penal deveriam ser repartidas entre os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo que não restassem contaminadas entre si ou obrigatoriamente vinculadas.

Falar em Direito Penal, portanto, resulta no reconhecimento da própria expressão da soberania do Estado, interligada à própria premissa do controle social, identificado como na busca da pacificação social, vinculada às atividades punitivas do Estado. Em outros termos, a análise do ordenamento jurídico repressivo permite inferir os próprios valores momentâneos e pretéritos de uma determinada sociedade, como também buscar compreender quais valores são consagrados no ordenamento jurídico de um Estado,

A título comparativo ao exercício exemplificativo, Nicola Monaghan (2017, p. 3) menciona a Arábia Saudita, um estado teocrático islâmico, como um país que criminaliza a homossexualidade, diferentemente da Inglaterra e do País de Gales. Menciona, também, que até 1961 estes dois últimos países criminalizavam a tentativa de suicídio.

Nesse contexto, denota-se que o conjunto de individualidades dentro de uma sociedade perfazem um número finito e distinto de ordenamentos jurídicos repressivos, cada qual com seus valores e especificidades, respaldados pelas respectivas soberanias. Inferindo-se, assim, que o próprio Direito Penal é uma manifestação da soberania e dos valores de um Estado.

3.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SEU REFLEXO NO DIREITO PENAL.

O avanço civilizatório do ser humano freou prévias concepções do Estado como uma espécie de propriedade privada de determinados grupos ou líderes, até então orientado ao bel-prazer e a conveniência momentânea.

Entre todo o avanço histórico que resultou na concepção pós-moderna do ente político, cumpre destacar o Estado Democrático de Direito como imperativo à consolidação da supremacia da norma fundamental, e seus respectivos valores implícitos e explícitos, como vértices ao funcionamento e limites do Estado.

O controle das atividades estatais ancorada em uma norma fundamental, eivada de valores e princípios, traduz, não apenas a necessária segurança jurídica à ordem jurídica instituída, como também, nas palavras de Aloízio Araújo no “estágio do estabelecimento definitivo da paz perpétua entre os homens” (2013, p. 277).

Sem embargo, ao preceituar o Estado Democrático de Direito como regra, Ronaldo Dias (2004, p. 215) disciplina que a submissão do ente ao ordenamento constitucional, prevê, como garantia ao cidadão, a responsabilização do Estado por suas atividades, definidas previamente na lei, e a função social como critério qualificativo. Sendo esta última fundada em valores humanistas, calcados na própria dignidade da pessoa humana.

O autor (2004, p. 217) vai além, ao delimitar que a prestação da jurisdição é um serviço público essencial ao cidadão, como também um direito fundamental de acesso.

Não se mostra mais satisfatório que as ações estatais sejam previamente definidas e limitadas na legislação, mas que encontrem substratos em valores genéricos, fundamentados na própria condição de ser humano, prevista na norma máxima e diretriz do ente político. Também é necessário apontar que tal prática, inclusive, transmuta-se em um direito com regramento específico para a sua prestação.

Denota-se, assim, pela criação de um óbice à soberania em seu vértice interno, como forma de contenção das atividades desempenhadas dentro de seus limites territoriais: a própria lei, como condição de validade e invalidade de qualquer prática, inclusive outras legislações. Porquanto, a prestação de tal atividade deve ser

regulamentada pelo próprio Estado, e controlada por figuras de contenção que contenham atitudes arbitrárias e de cunho não impessoal.

Carolina Lima (2004, p. 86) cita como exemplo de efetiva implementação do Estado Democrático de Direito, o duplo grau de jurisdição como uma garantia ao cidadão, no tocante à prestação da função jurisdicional passível de controle e fiscalização, e não de cunho sumária, mediante a possibilidade de revisão do julgado, com o condão de evitar qualquer arbitrariedade do Estado. Ao buscar analisar a própria síntese e funcionamento do Poder Judiciário, a autora aduz que o absolutismo enraizado no próprio órgão, deve ser dirimido ainda que por meio do reexame necessário, como forma de controle da legalidade e da justiça, em seu sentido lato.

Nos Estados Democráticos de Direito nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. Tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo e o Judiciário devem ter seus mecanismos de controle para que a democracia e a legalidade sejam respeitadas. [...] O Poder Judiciário é o órgão de menor representatividade no Estado brasileiro, porque seus membros não são escolhidos diretamente pelo seu povo. Todavia, para a garantia do Estado Democrático de Direito, é fundamental que haja um controle interno do Poder Judiciário em relação à legalidade e à justiça de suas decisões. A aplicação do Duplo Grau de Jurisdição garante tal controle, uma vez que possibilita o reexame de decisões. (2004, ps. 85 e 86)

Em sentido amplo, Carlos Tomaz (2012, p. 83) preleciona que na seara jurídica, o Estado Democrático de Direito resulta em dois reflexos: a) a contenção jurídica da extensão e atuação da função jurisdicional do Estado, sob o crivo do critério da busca da legitimação do poder e de seus atos, e b) a igualdade jurídica das prerrogativas insculpidas no ordenamento jurídica, por meio da implementação do princípio da isonomia entre todos os cidadãos, frente ao poderio estatal, como deste último perante à sociedade.

Nesse ínterim, o controle de constitucionalidade como estrutura de coesão do Estado, proposto por Kelsen, é uma salvaguarda para as atividades estatais, incluindo, aí, o próprio Direito Penal, visto que há uma profunda alteração na concepção da norma, a qual deixa de ser um fim em si mesmo, mas uma estrutura legal dependente de algum critério que lhe confira a validade. Por conseguinte, tal atribuição restaria assentada no texto constitucional, do qual a reunião de valores e princípios seria capaz de autorizar ou desautorizar uma norma emanada do Poder Legislativo.

Sob a égide da separação de poderes, em sua concepção mais primitiva do controle de constitucionalidade, Hans Kelsen (2009, p. 157) aduz que a aplicação e garantia das regras constitucionais (e, portanto, de caráter dirigente ao Estado), notadamente acerca da atividade e capacidade legislativa, só podem ser efetivamente aplicadas, se o controle de validade de um diploma legal for exercido por um órgão distinto do Poder Legislativo. Nessa senda, haveria a necessidade de separação das atividades de produção normativa e do controle de validade, a serem exercidas por órgãos distintos, de modo que não haveria qualquer controle absoluto na produção normativa, e o órgão encarregado de declarar a constitucionalidade ou não de uma norma, não agiria de ofício sem o competente diploma legal.

Seria, portanto, indispensável a consolidação de uma hierarquia entre as normas, para que a expressão normativa máxima de um ente político, calcada na consolidação dos valores e costumes de um Estado, corroborasse, ou não, algum diploma normativo.

Não haveria, portanto, um conflito entre normas, mas a sobreposição de uma sobre a outra, o que obrigaria a de patamar inferior se adequar aos comandos normativos previstos na Lei Fundamental. Logo, a arbitrariedade do poder e a sua natureza absoluta, não obstante a prévia separação de poderes, seria contida pela própria atuação do Direito, visto na figura de uma norma abstrata e protetiva como fundamentação mínima da atividade jurídica de um ente político.

A importância assumida pelo Estado Democrático de Direito vai mais além, quando se projeta os seus efeitos na seara penal, considerando qual o objeto da norma penal e o reflexo causado no indivíduo sujeito à incidência de seus efeitos.

Nesse sentido, vale destacar a famigerada excitação causada pelo Direito Penal, descrita por *Arzt et al* no tocante aos objetos tutelados pelo ordenamento repressivo, e os efeitos causados na própria vida particular do aludido delinquente.

De todas as áreas jurídicas, o Direito Penal é a mais conhecida e, para aqueles que não são juristas, a mais interessante. Crimes de impacto excitam as pessoas, relatos de crime [...] interessam um vasto público. Contudo, da mesma forma que muitas pessoas gostam sobremaneira de se ocupar com a criminalidade no papel de julgadores não envolvidos, o indivíduo não gostaria de ter que lidar pessoalmente com a justiça penal, pois todos sabem os efeitos permanentes (e, muitas vezes, indesejáveis) que uma punição pode trazer para a sua posição social e para a sua vida privada. Esse caráter ameaçador da existência que toda a sanção penal tem

também constitui o ponto de partida para as reflexões que se seguem. (2007, p. 3)

A reflexão proposta pelos autores recai na adoção da atividade proibicionista de certas condutas, como na subsequente reprimenda a ser adotada, como pontos a serem considerados para a reflexão dos efeitos do Estado Democrático do Direito na seara penal. Tendo em vista que tais atividades, por óbvio, se amoldam na própria necessidade de dirimir as atividades imperativas do Estado.

A necessidade de estipulação de regras mínimas como critérios de qualificação e fundamentação à atividade punitiva, e possibilidade de controle e reanálise da reprimenda são basilares à democracia e a atividade punitiva do ente político. O subsequente desenvolvimento civilizatório do ser humano não mais tolera o absolutismo e a arbitrariedade, especialmente em uma seara de natureza tão delicada. Há de se reconhecer que o Estado Democrático de Direito, na área do Direito Penal, rompe com qualquer paradigma prévio, instituindo um Efeito *Cliquet* no tocante à vedação de qualquer retrocesso acerca do agravamento da imperatividade entre o ente político e o cidadão.

Sobre o conceito da instituição deste novo paradigma, como do encargo repassado ao Poder Judiciário acerca de sua defesa, leciona Cláudia Gonçalves (2015, p. 199) que o Efeito *Cliquet* visa a garantia do frequente movimento à busca de patamares mais democráticos e humanistas, proibindo eventual retrocesso acerca da remoção de direitos já conquistados anteriormente, estabelecendo patamares mínimos civilizatórios. Nesse contexto, a conquista por determinado direito deve estar consolidada perpetuamente. Não obstante a sua conquista, a sua implementação também deve estar garantida, para o fim de evitar qualquer vácuo ou rompimento na estabilização das relações entre particulares e o Estado. Em outros termos, após a conquista da prerrogativa e sua aplicação, é vedado qualquer retrocesso, visto na remoção de tal atividade.

De fato, a seara criminal, não apenas pela natureza já descrita, invoca maior cautela e controle, tendo em vista a expectativa de uma punição sobre a liberdade do cidadão, da qual resulta em discussões e debates no bojo da sociedade, acerca de sua eventual leniência ou gravidade. Contexto que necessita de um controle abstrato e técnico para compatibilização da extensão da reprimenda.

3.2 AS FONTES DO DIREITO PENAL SOB O CRIVO DA SOBERANIA

Ao longo do próprio desenvolvimento do Direito Penal em consonância ao próprio gradativo processo de ampliação da complexidade do Estado, houve a necessidade de buscar entender a origem da atividade legislativa, para compreensão da gênese do diploma legal, além de sua própria figura. Nesse contexto, a mera existência da norma legalmente válida, emanada pelo competente órgão correlato, não mais servia à sua justificação. Passou a ser imprescindível, além do conhecimento relacionado à atividade normativa, compreender a origem da necessidade da norma, e os fatores que influenciavam na positivação de um comando normativo.

A simples positivação de uma conduta, ainda que fundada em um consenso universal, como, por exemplo, a vedação do homicídio injustificado, não mais bastava ao cidadão e ao aplicador da norma. Fez-se necessário buscar na origem de tal comando, quais as influências (positivas ou negativas) do Legislador ao criar o diploma, especialmente as de cunho repressivas.

Traçando um paralelo com a aplicação da justiça (em seu sentido abstrato), decorrente da função jurisdicional exercida, Gustav Radbruch (1950, p. 75) leciona que esta precisa ser complementada por regras e princípios para a sua compreensão material, visto que é uma atividade exclusiva do Estado. Nesse contexto, o autor (2007, p. 84) suscita questionamentos visando difundir a necessidade de complementá-la, para extrair o seu sentido, considerando a sua importância e o seu exercício em monopólio, diferindo-se da doutrina clássica que meramente preconizava a justiça como obediência à lei.

Se a aplicação e manutenção da justiça é uma atividade da qual inequivocamente resulta na pacificação social, e acautelamento da ordem pública, por óbvio, havia necessidade de se romper com o conceito frio e analítico da lei como justiça, para a compreensão desta última como algo autônomo.

Nesse íterim, há uma clara divisão entre a lei e a justiça, como figuras distintas, mas interligadas pela práxis. Porquanto, se outrora a justiça era compreendida como aquilo previsto e acatado na norma, Radbruch (1950, p. 108) propõe uma cisão entre ambas, aduzindo que a lei deve estar em um patamar inferior à justiça, apontando que uma das formas para se buscá-la, é por meio da

aplicação da norma ao caso em concreto, gerando pacificação social. Assim, a norma deixa de se confundir com a busca pela justiça, mas se torna uma via para instrumentalizá-la no plano fático.

Assim, a compreensão da origem da norma, como forma de implementação da pacificação social, acabou revestida de maior importância para compreensão do próprio funcionamento do Estado. Como Radbruch afirma (1950, p. 91), a lei serve a justiça, mas esta última não lhe dá sentido, sendo necessário adentrar no espírito da norma para compreendê-la.

Arzt *et al* (2007, p. 41) ao abordar a necessidade de analisar as fontes que fornecem substrato teórico às normas proibicionistas, inicialmente separam o ordenamento jurídico em “Direito Penal nuclear” e o “Direito Penal secundário”, de acordo com os tipos penais que integram tais searas. Na esteira da doutrina dos autores (2007, p. 41), os tipos penais clássicos, como homicídio e furto, por exemplo, estariam integrados ao Direito Penal nuclear, visto que seriam as primeiras proibições positivadas pelo Estado. Ato contínuo, tipos penais mais complexos e mais recentes, integrariam o grupo do Direito Penal secundário, visto que se originaram de legislações acessórias ao ordenamento jurídico repressivo.

Nesse contexto, o estudo das fontes do Direito Penais se torna imprescindível à aferição dos aspectos técnicos legais que norteiam tal divisão, na medida em que se prestam a fundamentar a existência de tais diplomas legais. A fonte, porquanto, é o ponto de partida da qual advém a norma penal, possibilitando, assim, a compreensão de sua razão de existência, os valores ali tutelados e a medição dos efeitos no substrato social.

Fontán Balestra (*apud* GRECO, 2016, p. 61), pontua que a ciência jurídica criminal, ao ser dividida na espécie de suas fontes, preleciona o estudo individualizado do sujeito responsável pela atividade normativa de um ente político, como também do modo e meio pelo qual se exteriorizam o conteúdo contido na normativa, positivada pelo sujeito em comento.

A doutrina consagrada, a qual adota como parâmetro o ponto de partida da positivação da norma, classifica as fontes da produção normativa da seara criminal em: a) material e b) formal (MASSON, 2017, p. 16).

3.2.1 Fonte Material

A presente classificação diz respeito à delimitação da estrutura de composição de um Estado, a qual restou imbuída pela competência de produzir normas penais com vigência sobre um determinado território.

Conforme Cleber Masson (2017, p. 17) aduz, a fonte material é vista como o órgão de composição do ente, devidamente autorizado pela Lei Fundamental de um Estado a atuar na produção de normativas de natureza penal. No escopo material, portanto, não há qualquer análise do crivo teórico de sustentação dos preceitos primários e secundários da norma, mas da simples origem de sua positivação, com amparo no órgão responsável por editá-la.

Rogério Greco (2016, p. 61) adota nomenclatura diversa à fonte material, para classificá-la como uma “fonte de produção”, justamente para expor que seu conceito é correlato à origem da produção normativa, tal como por qual órgão e local ela emana. Nesse ínterim, aduz, de forma objetiva, que o Estado é responsável pela atividade normativa no âmbito penal.

A definição da origem material do Direito Penal vincula-se, de forma cristalina, com o próprio exercício da soberania de um ente político, posto que se presta para definir o órgão competente e exclusivo pela positivação das normas penais. A definição de tal fonte, por conseguinte, aponta, obviamente, para o ente detentor da soberania correlata ao fomento do ordenamento jurídico local.

Assim, apontar a fonte material do Direito Penal de um Estado, significa disciplinar quem é o órgão detentor de uma prerrogativa monopolizada, ou, na hipótese do federalismo, os órgãos detentores da prerrogativa da edição normativa, em caráter concorrente.

Na doutrina de Marcelo Azevedo e Alexandre Salim (2016, p. 85), a identificação da fonte material do Direito Penal de um Estado, permite inferir quanto à soberania exercida, visto que tal atividade recairá sobre o órgão competente imbuído da tarefa de “declarar o Direito” (2016, p. 85). Trata-se, assim, de um critério delimitador tanto à atividade legislativa, assim como do exercício das atividades privativas do Estado, sob a égide da soberania correlata.

Contudo, a compreensão de tais fontes não pode restar dissociada, visto que a fonte material é destinada à aferição da origem da produção normativa,

da qual compreende-se pela necessidade de identificação de figuras jurídicas disponíveis à fundamentação teórica da norma jurídica editada, sob o crivo da fonte material auferida.

Na realidade nacional, não obstante o fato de que o Estado brasileiro é a fonte material da atividade normativa nos moldes delineados, a Constituição Federal (1988, sem página) assentou que apenas a União (ente federado) possui competência exclusiva para legislar sobre tal matéria (art. 22, inciso I). Facultando, ainda, na hipótese do parágrafo único do mesmo diploma constitucional, que os demais estados legislem sobre matéria penal de relevância local, na forma de legislação complementar.

3.2.2 Fonte Formal

A fonte material, por se afigurar como um critério definidor ao exercício de uma prerrogativa de soberania, por óbvio, se apresenta em um patamar superior, visto que o seu exercício soberano é delineado pela incidência da fonte formal.

Diferentemente do escopo de delimitação da soberania, a fonte formal da produção jurídica repressiva, diz respeito à instrumentalização das normas, e o seu conteúdo teórico, pelo qual será expressado o direito.

Nas palavras de Cleber Masson (2017, p. 17), a fonte formal é o instrumento pelo qual se revela o direito (entendido como o comando normativo contido na norma), previsto na legislação, nos moldes da atividade exercida pelo ente competente. Nessa análise preliminar, não haveria, assim, qualquer apreciação do conteúdo disposto, mas do instrumento jurídico pelo qual o direito estaria positivado, em consonância ao formalismo inerente ao processo de edição da legislação.

Considerando que a lei é o meio de exteriorização dos comandos repressivos definidos pelo Estado, Rogério Greco (2016, p. 62) leciona que tal figura se afigura como a principal, e única forma da criação de comandos repressivos e proibitivos na sociedade. Recorrendo ao princípio da reserva legal, o autor afirma que.

A lei, portanto, seria a única fonte de cognição ou de conhecimento do Direito Penal no que diz respeito à proibição ou imposição de condutas sob a ameaça de pena, atendendo-se, dessa forma, ao princípio da reserva legal, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, assim redigido: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (2016, p. 62)

Nessa esteira, o princípio da reserva legal, aplicado na seara criminal, devidamente orientado pela fonte material do Direito Penal, apontada ao Estado, preleciona, assim, que a principal fonte formal se transmuta na lei, sendo esta vista como pressuposto mínimo à atividade normativa de cunho criminal.

Considerando, assim, que o direito é manifesto pela lei, sendo esta a principal maneira de expressá-lo, por conta do próprio princípio da reserva legal, o qual preconiza a utilização desta para a criação de regras de proibição e imposição, a doutrina leciona que a lei é uma fonte formal imediata (AZEVEDO; SALIM, 2016, p. 85).

Também é a opinião de Cleber Masson (2017, p. 17), o qual afirma que apenas a lei pode ser enquadrada em tal categoria, porque é a única figura, em consonância às previsões constitucionais relacionadas à separação de poderes e o processo legislativo correlato, capaz de criar infrações penais, prescrever reprimendas.

Tal imposição vem ao encontro da característica qualificadora da soberania, visto que apenas um ou alguns órgãos estatais são capazes de produzir a norma em comento, a qual é revestida, no plano fático, de maior relevância à repressão de condutas proibitivas sujeitas à reprimenda no tecido social. Logo, a lei só pode ser emanada pelo ente, ou pelos entes, que se encontram autorizados em sua Lei Fundamental, mormente pelo qual a sua atividade é revestida de caráter exclusivamente monopolizado, com amparo à ordem jurídica interna.

Todavia, a lei não é um fim em si mesmo, visto que não representa, em caráter uniforme, todas as fontes formais admitidas no Direito Penal. Também não se pode olvidar que o seu próprio processo de desenvolvimento envolve a interferência de diversas figuras manifestas pela própria sociedade, e reproduzidas no processo legislativo, conforme o sistema representativo adotado. Logo, a doutrina admite a existência de outras figuras em caráter complementar ao ordenamento jurídico repressivo.

Nos termos do princípio da reserva legal, e sendo assentado que a infração penal deve estar prevista por legislação repressiva prévia, as fontes formais mediatas, possuem apenas caráter integrativo e complementar à legislação, mas não se perfazem como fontes formais imediatas.

Nesse contexto, leciona Fontán Balestra.

Em matéria penal, em nosso regime institucional, não existe outra fonte do direito a não ser a lei. Os costumes, a jurisprudência e a doutrina podem ter influência mais ou menos direta na sanção e modificação das leis, mas não são fontes do Direito Penal. (*apud* GRECO, 2016, p. 62)

A doutrina dominante pacificou que os costumes, os princípios gerais do Direito, a Lei Fundamental e os atos administrativos, compreendem, ao menos, o rol de fontes formais mediatas do Direito Penal.

3.2.2.1 Costume

No que se refere ao costume, este é explicado por Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 233) como uma prática social submetida ao tempo, devidamente institucionalizada no bojo da sociedade, da qual advém a sua notoriedade e o seu comando de adequação social, seja ele implícito ou explícito.

Porquanto, o costume, quando enraizado na sociedade, prescinde de explicações e justificações, tendo em vista que a convivência com este, pelo transcurso de tempo, conhecimento e a sua imperatividade social, resultam na sua institucionalização, independente da vontade particular.

Urge, portanto, delinear que o costume é uma expressão de soberania social, ainda que incapaz de resultar em um comando repressivo sem a respectiva positivação, tendo em vista que exprime os valores e práticas de uma cultura local. O costume, assim, não é artificial, tendo em vista que resta calcado nas interações sociais submetidas a um considerável transcurso de tempo, até que a própria sociedade o acolha, ou não, como também, venha a abandoná-lo, se for o caso.

Não há, assim, como ser imposto ou gerado artificialmente, sem a anuência e voluntariedade da sociedade, da qual, como visto, resultará em flagrante influência na aplicação da norma penal, ou até mesmo de sua eventual positividade.

Em caráter oportuno, Marcelo Azevedo e Alexandre Salim (2016, p. 86) esclarecem que a falta de qualquer elemento obrigatório, ou coercitivo, no que se refere ao aludido costume, implica em reconhecê-lo como um simples hábito, do qual inexistente qualquer característica imperativa à sua aplicação ou não.

Na esteira da aplicação da norma, a título exemplificativo Rogério Greco (2016, p. 63) leciona que os costumes auxiliam na aplicação da norma penal, na medida em que trazem enraizados valores e conceitos não previstos na legislação, como, por exemplo, a definição de repouso noturno ou a compreensão de honra. Figuras abstratas que, se positivadas, engessariam o diploma legal, dificultando-lhe a aplicação e o manejo dentro da peculiaridade do feito.

Também há efeito contrário, no tocante à possibilidade de que o costume, em desamparo à uma norma, implique na sua revogação, pelo descolamento de sua previsão com a própria realidade.

A solidificação de um costume em desamparo à norma pode resultar na sua respectiva revogação, conforme a respectiva submissão ao processo legislativo para excluí-lo, tendo em vista que sem a necessária normativa revogando a lei, ainda que fundada em tal contexto, o plano fático diverso não é capaz de resultar na definitiva exclusão da norma. Compreende-se, assim, que a ausência de imperatividade da norma pela sociedade, provoca no Legislador o ônus de readequar o ordenamento jurídico para mantê-lo coligado com o contexto fático.

Nesse sentido, explica Rogério Greco.

Embora não possam revogar a lei penal, os costumes fazem com que os elaboradores da lei repensem a necessidade ou não da permanência, em nosso ordenamento jurídico, de determinado tipo penal incriminador. Da mesma forma que os costumes, o desuso de certa lei penal não traz a ideia de sua revogação, podendo ser ela aplicada a qualquer momento. (2016, p. 63)

Na esfera penal, o efeito negativo do costume em relação à aplicação e vigência da norma, é traduzido no manejo do princípio da adequação social.

Leticia Jericó Ojer (2007, p. 299) aduz que a adequação social de uma conduta, é o elo de convergência entre a valoração social e a valoração jurídica de

uma única conduta, em que o manejo de tal princípio, em consonância aos costumes locais, pode implicar em uma convergência no sentido da aceitação e tolerância de tal conduta. Trata-se de uma análise necessária para correção de situações disformes, em que a valoração jurídica, no sentido da posituação da norma proibitiva, não mais coaduna com a valoração social da conduta. Mormente pelo qual, sua análise recai na ocorrência, ou não, no caráter ilícito/antijurídico de uma prática, em que há um conflito flagrante entre os valores do ordenamento jurídico e os valores da sociedade (vista sob o crivo de práticas costumeiras toleradas ou não).

Sobre tal tema, Marco Antonio Terragni (2000, p. 181) vai além, afirmando que muitas circunstâncias da vida em sociedade, implicam na criação de um risco, sendo este permitido ou não, conforme a posituação adotada. Além do próprio crivo jurídico para aferição da ilicitude da ação, calcada no risco gerado, o manejo do princípio da adequação social se perfaz na possibilidade de trazer à baila da sociedade, a possibilidade de que esta valore a ilicitude da suposta ação delitiva, na condição de destinatária das normas positivadas. Em outros termos, o autor aduz (2000, p. 182) que o manejo do princípio da adequação social, implica na possibilidade de deslocamento da apreciação da ilicitude/antijuridicidade de determinados fatos à sociedade, destinatária da norma, e não ao juiz togado.

3.2.2.2 Princípios gerais do Direito

Nas palavras de Jorge Miranda (2006, p. 121), o Direito, não se afigura como um mero conjunto de normas, devidamente coligadas e concatenadas em razão do processo de codificação. Atualmente, há uma concepção pós-modernista de que o Direito adquiriu para si a característica de um ordenamento, o qual reúne em si valores e ideais, capazes de ordenar as normativas para que se projetem como um sistema. De tal sistema, seria possível extrair além das regras de cunho técnico, princípios, aqui vistos como valores além da própria norma jurídica.

Referindo-se ao texto constitucional, e em linha harmônica, Luís Roberto Barroso (2001, p. 149) preleciona que a reunião de princípios jurídicos

exprime a ideologia do texto constitucional de um Estado e, por conseguinte, o ordenamento jurídico ali derivado. Expressam, também, os postulados de sustentação da Lei Fundamental, como também os fins dirigidos do próprio ente político.

A análise, portanto, dos princípios que rodeiam a ordem jurídica instalada, permite, assim, a extração do conjunto de valores e ideologias enraizados no próprio sistema jurídico ali localmente desenvolvido.

Noutra banda, Álvaro Cruz (2004, p. 152) aduz que os princípios jurídicos são construídos por meio da valorização de ideais enraizados no senso comum, devidamente compartilhados pelos indivíduos que integram uma determinada sociedade, com alguma espécie de relevância jurídica. Sendo esta última definida como a capacidade de instrumentalização de uma norma jurídica, ou, de sua fundamentação, seja ela teórica ou complementar.

Ainda que se reconheça por princípios de cunho universal, sejam derivados da influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, ou, até mesmo de compromissos internacionais assumidos, a sua reunião exprime os valores que norteiam e direcionam as atividades de um Estado, tal como o ordenamento jurídico desenvolvido em seu entorno. Nessa senda, cada sistema jurídico carrega em si suas peculiaridades e particularidades, traduzidas em princípios manifestos na práxis ou até mesmo positivados, nos moldes da cultura jurídica ali estabelecida.

Mesmo que não se tratem de figuras imutáveis, visto que além do efeito *Cliquet*, novas figuras podem agregar o conjunto de valores já consagrados, há, por óbvio, uma delimitação e uma prerrogativa soberana, acerca do exercício da faculdade da aceitação de tais princípios dentro do ordenamento jurídico. Logo, tais princípios atuam como crivo soberano acerca da possibilidade de incidência de influências estrangeiras, na medida em que devem ser compatibilizados e conjugados com outras figuras de matrizes distintas.

Tal exercício discricionário se manifesta, tanto na reunião e conjugação de valores exercida de forma unilateral e individual do ente político, como a *posteriori*, no momento em que princípios estrangeiros ou internacionais acabam ou não por serem absorvidos pela ordem interna, de acordo com a conveniência e o manejo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Logo, em que pese a abstrativização dos princípios, ressalta-se que não se tratam de figuras homogêneas, visto que podem recair em searas jurídicas

distintas, como em seu seio podem consagrar valores diversos. Sem embargo, representam, no plano fático, a discricionariedade da própria cultura jurídica expressada pela soberania, no tocante à reunião de valores pessoais, como, noutra vértice, se prestam como instrumento de controle e compatibilização com figuras estrangeiras passíveis de absorção.

3.2.2.3 Atos administrativos como complementação às normas penais em branco

Conforme delimitação de Marcelo Azevedo e Alexandre Salim (2016, p. 86), a utilização de atos administrativos como fonte mediata do Direito Penal resta adstrita apenas à complementação das normas penais em branco, não havendo ampliação e extensão para outros diplomas repressivos.

Nesse contexto delineado, os atos administrativos se instrumentalizam, por excelência, na necessária complementação à norma penal, visto que possuem a finalidade de complementar o comando repressivo, trazendo conceitos técnicos e precisões necessárias à compreensão integral do comando ali disposto.

Sobre o tema, e com maior ênfase no efeito provocado na norma penal, sob a égide da condição de fonte formal mediata, Tobias Darge (2010, p. 230) aduz que a norma penal em branco se perfaz com a existência de um diploma repressivo, capaz prever um comando proibitivo, com a sua subsequente reprimenda. Todavia, o aprofundamento teórico necessário para a compreensão e descrição do comportamento ali punível, como também da sua aplicabilidade fática, só é atingido mediante a complementação a ser realizada por outra figura jurídica.

No contexto etimológico do termo em alemão adotado à norma penal em branco (*Blankettstrafgesetz*), Alvaro Mayrink da Costa (1978, p. 118) aduz que tal figura normativa deveria ser compreendida como uma “norma penal de mandato em branco”. Tal termo, nos moldes do conceito de tal figura, foi cunhado para exprimir que o “mandato” ali disposto, seria preenchido e estabelecido por outra competente figura normativa, emanada por outra vertente do órgão, imbuída da tal prerrogativa, para complementar o diploma repressivo.

Sem embargo, o doutrinador (1979, p. 119) leciona que o legislador, ao positivizar uma norma penal em branco, estaria concedendo a outro órgão ou ente um mandato, de cunho legislativo, para que através de uma atividade específica, complete a norma penal, aqui em caráter fracionada, visto que o legislador não possuiria mecanismos de completá-la dentro de sua competência. Fixando, assim, tal atividade ainda entre o ente público, sem qualquer ingerência do ente particular.

Seria, portanto, uma delegação de função, até então privativa, no tocante à positivação das normas penais, para que outra estrutura do Estado desempenhasse uma função que daria vazão à norma já positivada.

A própria falibilidade das normas penais, por ocasião da concentração da atividade legislativa do Estado, em não abarcar todas as previsões fáticas da norma penal, é apontada por Karl Binding (1872, p. 74) como justificativa ao fracionamento de determinadas tarefas relacionadas à atividade legislativa, para que o comando repressivo (norteado pela Justiça Retributiva dominante à época), seja implementado em sua totalidade. Nesse contexto, o autor (1872, p. 74), exemplificava a atividade policial como pressuposto de aplicação da norma penal, a organização judiciária de determinadas províncias do Império Alemão para aplicação e implementação da norma penal e a complementação, por outras figuras normativas, de condutivas proibitivas e positivas, mas não operacionais.

Sobre o último exemplo, correlato à aplicação moderna das normas penais em branco, Karl Binding (1872, p. 77), citava a regulamentação das ordenações marítimas do Império Alemão, de natureza penal, as quais previam a incidência de pena pecuniária, no tocante à aferição da responsabilidade pela causa de um acidente marítimo, a qual era fixada em decreto imperial próprio. Independente do preceito secundário já insculpido na norma penal em branco.

Seu caráter soberano se perfaz na medida em que o preenchimento da norma por um ato administrativo, ou, seguindo a doutrina de Alvaro Mayrink da Costa, a concessão de um mandato para delimitar a norma penal, de qualquer maneira, ocorre dentro da seara soberana de um ente político. Em outros termos, não ultrapassaria a fronteiras de um Estado, na medida em que outra estrutura do próprio ente seria responsável por tal encargo.

3.2.2.4 Jurisprudência

Por conseguinte, a jurisprudência é vista como o produto final, devidamente consolidado pelo transcurso do tempo e de subsequente intensa atividade jurídica, da aplicação da norma positivada aos conflitos sociais.

Se por um lado, um dos órgãos é imbuído da atividade legislativa, outro possui o múnus de aplicá-lo nas relações públicas e particulares, com o condão de buscar a necessária pacificação social. Da intensa atividade jurisdicional, devidamente avalizada pelo transcurso do tempo, é que resultam os entendimentos cristalinos acerca de determinados temas ou da própria norma em si, dos quais resultam na petrificação da aludida jurisprudência.

Nesse sentido, é o entendimento de Miguel Reale.

Pela palavra "jurisprudência" (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. (2002, p. 167)

Sua importância se solidifica na medida em que a jurisprudência sobre determinado ponto do ordenamento jurídico, permite inferir pela forma e meio da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Ato contínuo, também é a consolidação de uma determinada decisão, já aceita e pacificada, quanto a um tema em voga correlato à legislação.

Não obstante o crivo social de uma determinada norma, há, também, o crivo judicial fundado na subsequente aplicação da letra fria do ordenamento jurídico repressivo às respectivas hipóteses de incidência no tecido social.

A legislação, portanto, deve se adequar, no mínimo, a dois distintos parâmetros, o social (em conformidade com os valores e costumes), visto que a norma deve reger o tecido social, como também jurídico, compreendido como a sua compatibilização com o ordenamento jurídico e sua aplicação pelo órgão responsável pela função jurisdicional.

O comando normativo, portanto, se solidifica na aplicação ao caso concreto, por ocasião do exercício jurisdicional, em vértice distinto, mas interligado, com o prisma social. Nesse sentido, conforme leciona Cesar Kiraly (2008, p. 31), a

jurisprudência diverge da mera abstração da norma, posto que a sua análise, diferentemente da mera compilação normativa, revela percepções acerca da origem e forma da lei positivada, o que não seria possível por meio da simples aferição do comando normativo disposto. Porquanto, sua compreensão em sentido lato, não se dá apenas nos debates restritos ao procedimento legislativo, mas na sua aplicação submetida ao transcurso do tempo e a volatilidade das relações sociais.

A apreciação da jurisprudência como fonte mediata, reveste maior valor à soberania estatal, manifesta pela independência entre os órgãos do ente político, e o exercício de suas atividades de forma desvinculada ao outro, o que também perfaz maior solidez às instituições. Por conseguinte, também revela a própria maturidade e cultura jurídicas, expressas pelos paradigmas fixados pelas cortes e a consolidação de entendimentos de repercussão nacional.

Assim, também é um crivo defensivo do Estado em resguardar, tanto de si próprio, mas também de influências estrangeiras, a fixação de determinados pontos controversos, positivados ou não, em amparo à atividade jurídica já consolidada em seu território.

Não se pode olvidar, que a vigência do artigo 103-A, no corpo da Lei Fundamental (BRASIL, 1988, sem página), garantiu maior eficácia e relevância à jurisprudência, por ocasião da admissão do efeito vinculante à Súmula editada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme acolhimento de seus requisitos. Nessa linha, o subsequente §1º do diploma constitucional em comento (BRASIL, 1988, sem página), preceitua o efeito preponderante da Súmula Vinculante sobre a interpretação e eficácia da norma penal, quando na sua aplicação em território nacional.

3.2.2.5 Doutrina

No tocante à doutrina, em síntese, esta é classificada por Cleber Masson (2017, p. 17) como a realização de um estudo técnico e metodológico da norma penal, para a sua respectiva compreensão, complementação, fundamentação e aplicação, em caráter subsidiário à lei.

Na mesma esteira, Dimitri Dimoulis (2003, p. 199) classifica o conceito de doutrina, como a reunião de estudos e atividades intelectuais, dirigidas em pontos conexos e harmoniosos, acerca da apreciação teórica de enxertos jurídicos. Possibilitando, assim, a aferição de um sentido sobre um tema.

Não se trata, assim, de uma fonte capaz de resultar na positivação da norma, mas de uma atividade integrativa, realizada *a posteriori* de sua positivação, com o condão de estudá-la, interpretá-la e amoldá-la ao plano fático a ser regido. Portanto, é vista como uma ferramenta à integração jurídica, na medida em que não apenas procura exemplificar e traduzir um comando normativo, como também compatibilizá-lo com a realidade, permitindo que atinja a sua plenitude.

Sua aplicabilidade fática como fonte mediata e expressão do exercício de soberania do Estado, se perfaz na atuação de juristas locais em diligências para aperfeiçoamento teórico da norma a ser aplicada, e da jurisprudência atinente. Considerando, ainda, eventuais atividades relacionadas à absorção de institutos jurídicos estrangeiros, ou até mesmo da própria doutrina alienígena, a própria atividade doutrinária interna se acomoda de moldá-la e adaptá-la à realidade jurídica local.

Ao passo que tal fonte fomenta a atividade jurídica interna, alimentando a cultura jurídica local, instrumentalizando e compatibilizando o ordenamento jurídico interno. Noutro vértice, no que se refere à importação de outros institutos, a mesma doutrina estabelece filtros analíticos para tal atividade, adaptando o que possui correlação com a cultura jurídica local, como rechaçando eventuais institutos incompatíveis. Trata-se, assim, de um instrumento de retroalimentação da própria cultura jurídica local, permitindo o seu desenvolvimento em direção delimitada pelos valores e costumes jurídicos internos, por impulso de juristas.

3.2.2.6 Lei Fundamental

No próprio modelo kelseniano dominante, a Lei Fundamental, por si só, é o filtro teórico e jurídico de validade de qualquer norma jurídica (incluindo, aí, as normas penais) de natureza infraconstitucional.

Assim, é atribuído a qualidade constitucional à norma que se adequa aos valores constitucionais positivados na Carta Magna, como também pode ser atribuído o desvalor de inconstitucionalidade à norma que não se adequa aos parâmetros delineados na constituição de um Estado. Mormente pelo qual, aí é possível afirmar pela ausência de legitimidade de vigência de tal diploma na ordem jurídica interna, conforme a hierarquia de normas estabelecidas.

Ao revisar a Teoria Pura do Direito, Lars Vinx (2007, p. 172) aduz que a constituição não mais comporta uma visão racional, até então inculpada por Kelsen, de um mero conjunto de regras dirigentes ao Estado, mas se perfaz, atualmente, em uma norma de relevado valor, capaz de proteger, diretamente, valores e direitos. Nessa toada, há uma crítica acerca da excessiva abstração da atividade de controle de constitucionalidade da norma, como simples ferramenta de compatibilização com os preceitos dispostos no diploma, sem análise dos direitos e valores envolvidos na análise de constitucionalidade ou não de uma figura normativa.

Em sua fundamentação, o próprio Hans Kelsen (2009, p. 260) reiterou que a atividade de controle de constitucionalidade, possuía um sentido puramente formal do Estado em estabelecer uma segurança jurídica mínima no tocante ao exercício da atividade legislativa, para fins de controle da edição de normas. Assim, o autor afastava expressamente qualquer aspecto de natureza material à Lei Fundamental, optando por defender a sua fundamentação meramente em aspectos formais, aduzindo, assim, pelo seu caráter abstrato, capaz de assentar qualquer diretriz de interesse do poder constituinte originário, para fins de ordenar o sistema jurídico a ser desenvolvido em seu entorno.

Trata-se de adotar a norma constitucional como mera ferramenta da formalidade definida, compatibilizando a incidência do que for conveniente dentro do texto constitucional, sem qualquer crivo material atinente.

Conforme leciona a história, Hans Kelsen apenas alterou tal posicionamento, quando em 1934 Engelbert Dolfuss aboliu a constituição austríaca de 1919, até então fortemente moldada e influenciada pelo doutrinador, impondo a constituição de 1934, sendo esta influenciada pelo nazismo alemão (BARVÍKOVA, 2005, p. 194). Nesse contexto, e em razão do antissemitismo, Kelsen se dirigiu até a Universidade de Colônia, onde rompeu com o seu próprio paradigma clássico, passando a estudar como princípios democráticos se prestariam a defender uma Constituição de um simples ato jurídico capaz de revogá-la. Concluindo, aqui, pela

necessidade de instituir filtros materiais dentro do tecido constitucional, e não meramente formais (BARVÍKOVA, 2005, p. 194).

Kelsen verificou pela necessidade de que o texto constitucional fosse permeado por ideais e valores alheios apenas aos comandos normativos de direção do Estado, para efetiva garantia da hierarquia de normas e subsequente controle de constitucionalidade, considerando que poderiam ser facilmente suplantados por qualquer ideologia que dominasse o ente e passasse a desempenhar as atividades administrativas e legislativas. Não bastaria, assim, instituir a Lei Fundamental como norma hierárquica superior, se a ordem jurídica pudesse ser abalada por fatores alheios e facilmente suplantada, levando consigo todo o sistema desenvolvido (VINX, 2007, p. 173).

Há, portanto, na visão clássica, um conceito meramente dirigente no que se refere à influência da constituição nas atividades legislativas do ente político. Visão esta não mais preponderante, uma vez que, em que pese a vigência da hierarquia de normas dentro de um Estado, esta não possui mais um escopo formal, visto que a Carta Magna não possui mais a natureza dirigente, mas de salvaguardar direitos, valores, obrigações e ideais.

Nessa toada, surge o constitucionalismo como uma atividade de expansão do tecido constitucional sobre diversos vértices do Direito, visando resguardar os próprios cidadãos da estrutura estatal e de suas respectivas atividades, submetendo áreas jurídicas relacionadas às atividades do dia-a-dia ao crivo constitucional. Definindo, assim, a criação de todo um arcabouço jurídico, para evitar que a constituição vire meramente um fim em si mesmo, e se comunique com as demais áreas jurídicas. Nesse contexto, afirma Marcelo Pimenta.

Constitucionalismo é o movimento político e jurídico que visava estabelecer em toda parte regimes constitucionais, no sentido de promover a limitação do poder estatal, a partir da separação dos poderes e da declaração de direitos do indivíduo, de modo a estruturar o Estado em bases mais racionais e socialmente mais justas. (2007, p. 63)

Considerando a possibilidade de restrição da liberdade, como medida mais gravosa, ou, eventualmente, a possibilidade de restrição de direitos, inerentes às reprimendas inculpidas na seara criminal, obviamente o constitucionalismo em tal área é revestido de maior importância, com o condão de frear impulsos punitivos desarrazoados, abusivos ou ilegais.

Sua função como fonte mediata às normas penais, diz respeito aos limites das reprimendas cominadas, como na hipótese de a constituição vedar abertamente a aplicação da pena capital, ou, de restringir o encarceramento ao limite máximo de trinta anos. Contudo, não possui a prerrogativa de resultar na positivação de uma norma pena, mas na possibilidade de estabelecer filtros e limites, tanto à conduta a ser prescrita no tipo penal, como na pena a ser aplicada.

Ademais, é do próprio texto constitucional que advém o princípio da reserva legal, o qual institui a própria lei como fonte imediata ao Direito Penal.

No que se refere ao escopo da soberania, a constituição atua como expressão máxima, tendo em vista que se afigura como a principal norma jurídica editada por um Estado, com o condão de gerar fundamentação principiológica ao sistema jurídico, como as próprias diretrizes às atuações estatais e limitação à função legislativa. Por se tratar de paradigma básico do Estado, e norma a ser criada e emendada pelo próprio ente político, sua condição de fonte mediata, sob o prisma do crivo da soberania assume principal relevância, afigurando-se como instrumento jurídico de primordial controle interno e fundamentação teórica ao Direito Penal instituído, exercido em monopólio estatal, ou por provocação da sociedade.

4 O CARÁTER TRANSNACIONAL DO DIREITO PENAL SOB A ÉGIDE DA GLOBALIZAÇÃO

Até então, sob o prisma da soberania em seu conceito delineado, o Direito Penal gozava de expressiva relevância atinente à expressão de soberania do Estado. Visto, assim, sob a égide do ente político deliberar de acordo com a sua conveniência as condutas intoleráveis e as reprimendas adequadas, nos moldes definidos pela extensão de sua competência legislativa, e a adoção da reprimenda correlata pela amplitude de sua jurisdição.

Portanto, a atividade de positivação, aplicação da norma, seleção das fontes e o exercício jurisdicional, ocorriam ao bel-prazer dos interesses locais, manifestos no ordenamento jurídico constituído e nas necessidades manifestas.

Todavia, em que pesem reações protecionistas e isolacionistas, verifica-se que a realidade descrita não mais coaduna com a realidade integrativa de um mundo que prima pela derrocada de fronteiras.

A instituição da globalização provocou profundas reformas na expressão da soberania do Estado, no tocante às atividades repressivas. Nesse contexto, Érica Ferreira (2007, p. 23) leciona que o processo de descentralização do fluxo econômico e do capital, resultou no rompimento do paradigma até então dominante, do Estado exercer de forma pacífica a sua soberania relacionada ao controle social das atividades desempenhadas no interior de seu território. Apontando, por oportuno, que tal concepção primitiva ainda era enraizada pela consolidada figura do Estado-Nação, divergente de um Estado globalizado.

A descentralização de tais figuras provocou um êxodo de indivíduos e atividades, sem qualquer vinculação ou referência com um Estado, em sentido nômade, dirigindo-se de acordo com o fluxo do capital, não atribuindo para si qualquer vinculação com o ente político originário do qual adveio, ou do qual se encontra.

Nesse sentido, Érica Ferreira (2007, p. 23) aponta que as noções clássicas de jurisdição e competência, derivadas do conceito clássico de soberania, não se amoldam à realidade multilateral e multicultural assentada.

A globalização teria legado, nas concepções da autora, “dois objetivos comuns de interesse comum das nações (combate à macrocriminalidade) e um novo

conceito de patrimônio comum da humanidade (segurança internacional)” (2007, p. 23).

O intuito lucrativo inerente de diversos tipos penais, e a subsequente retenção deste capital, ainda que de forma fracionada e descentralizada, implica na constante alternância das atividades delitivas, como no seu fracionamento em mais de um Estado. Não há, assim, uma inequívoca e cristalina vinculação com um único ente político, o que resulta em implicações severas à atividade jurisdicional penal.

Em contexto idêntico exposto, Carlos Eduardo Pellegrini (2017, p. 55) afirma que diante da nova configuração da sociedade internacional, dos Estados e das próprias atividades delitivas, restou aos entes políticos a busca pela cooperação internacional, por meio de mecanismos diversos, para adequação à nova realidade. Nesse sentido, a cooperação entre países e a busca de objetivos comuns, acerca da contenção e repressão de tais atividades, cinge como pressuposto de relativização da própria soberania, consoante o reconhecimento tácito do ente político, de que suas atividades privativas e isoladas, não mais são capazes de conter a citada macrocriminalidade.

No tocante ao rompimento do paradigma até então dominante, Luigi Ferrajoli (2006, p. 71) leciona que a globalização resultou em uma inversão de forças entre o Estado e a criminalidade. Até então, a soberania resultava em uma força imperativa preponderante à atividade criminosa restrita ao território estatal. Contudo, quando esta última passou a atuar de forma fragmentada e coordenada conjugando forças além das fronteiras estatais, ocorreu uma inversão em tal paradigma. O Estado, portanto, passou a enfrentar um poderio no mínimo equiparável.

O impacto causado por grupos delitivos, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2006, p. 71) resulta no surgimento da “criminalidade do poder”⁶, a qual teria o poder de lesionar direitos, que extrapolam a simples posituação de um ordenamento jurídico localizado, a democracia, vista como o regime político adotado por um Estado, a paz, compreendida como a urbanidade social, e o futuro, visto como a estabilidade de uma sociedade.

Infere-se, assim, que tais atividades lesivas recaem justamente sobre os vértices de atuação do próprio ente político. Em outros termos, ainda que se

⁶ Em tradução livre de: “criminalidad del poder”.

reconheça, em campos alheios ao Direito, que a globalização dirimiu o isolacionismo dos entes políticos, no campo do Direito Penal esta resultou no surgimento de uma faceta negativa que possui o condão de atentar contra determinadas atividades, até então exercidas de forma soberana e imprescindíveis à estabilidade de uma sociedade.

O autor conclui (2005, p. 20), assim, recorrendo aos postulados básicos do Direito Penal, que a globalização resultou em uma profunda crise paradigmática à seara criminal, uma vez que a sua formatação clássica, ainda reproduzida, acabou suplantada pela globalização. Fato que envolve na necessidade de se repensar, sobre o prisma da soberania de um Estado, como reconstruir o Direito Penal na atual realidade.

Jean-Bernard Auby (2012, p. 51) aduz que a cooperação jurídica, aqui entendida em seu sentido amplo, resulta na globalização jurídica entre Estados, mormente pelo qual compromissos e objetivos internacionais, compatibilizados por instituições jurídicas comuns (como a repressão do delito), se tornam coesas. Nesse contexto, a soberania, até então vista como resguardo de interesses particulares de um ente político, deixa de possuir tamanha importância, valendo-se do esforço conjunto entre Estado de práticas jurídicas comuns. Objetivando, portanto, a reconstrução do Direito Penal em uma realidade tão conturbada.

4.1 A TECNOLOGIA E O DIREITO PENAL

A rede mundial de computadores, enxergada como um legado da Guerra Fria, conforme a corrida tecnológica entre os blocos capitalista e socialista, hoje, uma ferramenta a serviço da globalização, também possui o seu contributo à realidade complexa pós-moderna.

Kevin Rogers (2011, p. 238) recorda que, enquanto a *common law* não havia sequer sedimentado um conceito jurídico para a figura do computador, nos anos de 1990, já haviam surgidos os primeiros fatos delitivos relacionado ao uso de tais instrumentos para práticas espúrias. Situação que resultou no necessário debate acerca da tipificação de determinadas condutas delitivas específicas, que envolviam

o uso do aparato tecnológico para um fim ilegal, tal como, por exemplo, uma caneta poderia ser utilizada para a prática de um homicídio.

O ponto de partida apontado pelo autor (2011, p. 238), foi a conclusão, em abstrato, de que determinadas condutas se perfaziam no ambiente virtual, e não no plano fático. Ou seja, o aparato não era um bem utilizado para uma empreitada delitativa, mas o meio pelo qual ocorria o exaurimento da infração penal. Logo, haveriam delitos que se materializariam no plano real, por meio do uso do computador, e outros que se exauriam no próprio plano virtual, também pelo seu uso.

Quanto à posição do Estado frente à Internet, Winfried Hassemer (2007, p. 239) aduz que a sua consolidação no dia-a-dia, resultante em sua instrumentalização para a prática de malefícios, resultou na constrição das atividades de fiscalização e controle estatais previstas na legislação.

Logo, se antes as fontes mediatas do Direito Penal possibilitavam ao legislador antever determinadas condutas lesivas, para a sua subsequente positivação, com o avanço da tecnologia na atualidade, o legislador sempre está um passo atrás do que efetivamente ocorre no ambiente virtual.

Nessa toada, Art Bowker e Todd Shipley definem o crime cibernético como uma conduta delitativa “criada ou que se fez possível com o advento da tecnologia, ou um crime tradicional transformado pelo uso da tecnologia” ⁷ (2014, p. 2).

Esse também é o entendimento da doutrina nacional. Conforme explica Sandra Gouvêa (1997, p. 28), os crimes virtuais se ramificam de duas maneiras, sejam as ações delitivas contra bens, valores e serviços na seara virtual, ou, a utilização do ambiente virtual para a prática de um delito autônomo, em que a tecnologia se afigura como mera ferramenta à empreitada delitiva.

Conforme a linha histórica disposta, a tipificação da conduta decorreu a *posteriori* do uso, mormente pelo qual, a adequação típica prévia incidia sobre os tipos penais clássicos ainda vigentes, sendo a figura da *Internet* e do próprio computador, interpretadas como estágios da *iter criminis*. Houve, portanto, uma

⁷ Tradução livre de: “created or made possible by the advent of technology, or a traditional crime which has been transformed by technology’s use”.

necessidade do ordenamento jurídico se adequar, e prever em seu corpo tipos penais específicos e concatenados com a nova realidade tecnológica.

Muito além do próprio problema de posituação das condutas delitivas relacionadas ao uso ilícito da tecnologia, o caráter anárquico da *Internet* também é um empecilho às atividades de controle estatal, conforme a fragmentariedade das atividades desempenhadas no espaço virtual. Logo, uma ação praticada em um determinado país, visando causar um determinado prejuízo em outrem, se perfaz por servidores espalhados em outros tantos Estados, dada à ramificação da tecnologia e o processamento de dados.

No que resta atinente à aplicação da norma, verifica-se que tal descentralização de cunho caótica, dificulta o exercício individualizado e coeso da atividade punitiva, na medida em que as condutas praticadas no espaço virtual restam fragmentadas por Estados e jurisdições distintas.

Partindo, assim, do pressuposto da necessária cooperação jurídica internacional, com o agravante de que na hipótese da informática esta deve ser bem específica, diversos Estados buscaram regulamentar o tema entre si, para o desempenho de futuras ações conjuntas.

Deve ser ressaltada a Convenção de Budapeste, como a primeira, e até então única normativa internacional, relacionada à padronização do combate aos crimes informáticos.

Conforme explica Jonathan Clough (2015, p. 24), a ausência de troca de informações entre os serviços de investigação, como também a ausência de padronização de normativas, interpretada como um empecilho às operações policiais conjuntas e aos pedidos de extradição, se afiguram como óbices para qualquer empreitada conjunta de Estados em reprimir as atividades criminosas no ambiente virtual. Tais figuras foram apontadas como os grandes entraves à cooperação jurídica internacional para coibir o crime organizado atuante no ambiente virtual, motivo pelo qual diversos países passaram a externar um interesse comum em uma padronização regional, quiçá internacional, acerca do tema, e não bilateralmente.

Nesse íterim, verifica-se por uma necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico de cada país, mediante relativização e redução da soberania dos entes envolvidos, visto que deveriam positivar as mesmas infrações penais em seu sistema normativo. Noutro vértice, a cooperação jurídica implica no repasse de

informações e cumprimento de atos de forma coordenada, e não mais imperativa e isolada, o que implica no reconhecimento da perda do poderio estatal.

Nas concepções de Jonathan Clough (2015, p. 25), o consenso almejado na convenção é inviável e impraticável, considerando o vácuo de poder causado pela globalização. A posição isolacionista de muitos Estados em conservar determinadas prerrogativas já ameaçadas e dirimidas, se afiguram como impedimentos à padronização para frear atividades, conforme a cristalina vontade em resguardar suas prerrogativas. O autor (2015, p. 25) também cita interesses escusos de países em não aderir à tal convenção, visando a manutenção de legislações flexíveis e liberais, destinadas à proteção e privacidade de dados de pessoas jurídicas e físicas processados em seus territórios, como forma de atração de capital e grupos multinacionais.

Nessa situação paradoxal disposta, Jonathan Clough (2015, p. 25) conclui que se os países-membros obtiverem algum consenso entre si, ao menos no que se refere na operacionalização da troca de dados e da cooperação jurídica, por si só a iniciativa já valeria a pena, na medida em que interesses particulares convergem no tocante à sua inaplicabilidade. Todavia, o doutrinador (2015, p. 26) manifesta uma opinião negativa acerca da eficácia de tal compromisso, considerando o choque de interesse entre os países envolvidos e baixa adesão.

Em relação ao Brasil, insta salientar que este não participou das discussões originárias, como sequer assinou a Convenção. Não estando, assim, sujeito aos compromissos ali dispostos.

Kriangsak Kittichaisaree (2017, p. 270) aponta que a Convenção de Budapeste possui três vértices autônomos para operacionalizar o combate ao crime organizado, quais sejam: a) harmonização normativa, no que concerne à tipificação dos delitos praticados no ambiente virtual, como em matéria atinente ao processamento de dados em provedores e servidores internos; b) padronização dos elementos de investigação de crimes entre os países-membros, mediante a troca de informações e coordenação de atividades comuns, e c) consagrar a necessária cooperação jurídica de cunho internacional, e não regional.

A coesão almejada pela normativa, decorre da flagrante percepção de que a *iter criminis* de um delito virtual, na atualidade, se perfaz em condutas concomitantes, divididas entre provedores espalhados no globo e servidores

espalhados em países, os quais normalmente não participam da citada Convenção de Budapeste.

Portanto, a *cogitatio* pode ser originária no país A, na medida em que o ato preparatório ocorre no país B, sendo, em sequência, os atos executórios transcorridos em diversos países consoante o processamento dos dados, e, ao final, a lesão ocorrida no país C. No tocante ao capital auferido pela prática, também não se pode olvidar de que este muitas vezes acaba desviado e armazenado em um país D. Trata-se, portanto, de um contexto delitivo que não se amolda à concepção até então arcaica da prática do delito em uma única dimensão, qual seja, dentro de um único território, questionando-se, inclusive, a fixação da competência e da jurisdição para apreciação do fato delitivo.

A adaptação do Estado para tal realidade, ainda que dependente da concessão de seu poder para integração jurídica internacional, ou a anuência com os interesses de outros entes políticos, é uma necessidade moderna de sobrevivência do ente perante uma realidade pós-moderna vista como hostil às concepções clássicas até então dominantes.

4.2 A EXTRADIÇÃO COMO DILIGÊNCIA DE INTEGRAÇÃO ENTRE ESTADOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA CRIMINAL

A extradição, por excelência, é uma ferramenta básica de cooperação jurídica entre Estados na seara do Direito Penal, para a garantia da aplicação de uma norma penal violada, com a subsequente evasão do indivíduo para o estrangeiro.

Nas lições de Elizabeth Goraieb, tal instituto jurídico é primordial à integração jurídica entre países, para fins de resguardo da efetividade da aplicação da norma penal, em um contexto internacional cada vez mais globalizado. Nas palavras da autora.

A extradição é instituto de cooperação internacional na luta contra o crime. Interessa tanto ao Estado que o requisita quanto ao Estado que entrega os criminosos. Esse interesse recíproco que têm todas as nações em evitar que os criminosos se subtraíam à merecida punição, procurando refúgio em outro território. (1999, p. 19)

Em sentido análogo, Carolina Lisboa (2001, p. 21) pontua que a extradição é o instrumento desenvolvido para combater a impunidade decorrente da evasão ao estrangeiro de um indivíduo, que visa se furtar de sua responsabilidade criminal. Como a aplicação da lei penal é uma prerrogativa universal entre os Estados soberanos, a extradição é, basicamente, uma ferramenta de cooperação jurídica internacional na área do Direito Penal, desenvolvida pelas práticas costumeiras das relações internacionais.

A extradição, portanto, é vista sob um único prisma de um encargo recíproco entre os diversos países, incluindo as hipóteses de inexistência de um tratado regulamentando tal tema. Nesse contexto, todos os países soberanos possuem entre si o interesse comum de aplicar a sua norma penal, seja a reprimenda já dosada pelo trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, a segregação cautelar para acautelar o feito. Contudo, se deparam com um indivíduo evadido no estrangeiro, o que inviabiliza o ato.

A reciprocidade, seja ela tácita, calcada na superveniência da situação, ou expressa, fundada na existência de um tratado regulamentando o tema, recai sobre a incerteza de que, no futuro, o país que hoje recebe e processa a solicitação de extradição de um indivíduo, possa estar no polo oposto.

Em suas lições, Cesare Beccaria (2015, p. 59) já aduzia que a cooperação entre Estados acerca da troca de apenados evadidos entre si, criaria em cada um dos países uma sensação de justiça, na medida em que a sensação de impunidade, vista como a evasão ao estrangeiro, seria desencorajada conforme os compromissos assumidos pelos países. Trata-se, assim, de uma diligência capaz de resultar em efeitos positivos em dois vértices, seja no país em que há a expectativa de aplicar uma reprimenda, seja no país em que o evadido se localiza.

De fato, não se trata de um instituto capaz de relativizar ou dirimir a soberania de um Estado, mas, na verdade, de resguardá-la, visto que a palavra final acerca da solicitação da diligência, sempre recai ao país solicitado. Entretanto, não se pode perder de vista que desacatá-la poderá trazer consequências não apenas com aquele país que solicita, mas com outros. Sem embargo, o próprio ente que hoje recusa o pedido, eventualmente poderá ser o próximo a solicitar a mesma diligência.

4.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O efeito provocado pela globalização à soberania dos Estados, por óbvio também alcançou o Direito Penal, o qual passou a ser permeado por um tecido transnacional, rompendo com o prévio caráter nacionalista do ordenamento jurídico repressivo, nos moldes da doutrina clássica.

Diante da globalização no contexto pós-moderno da atualidade, a seara criminal foi submetida à uma cisão, havendo um vértice nacional expressado na legislação interna de um Estado, e, noutro lado, um vértice internacional, dissociado das limitações causadas pelo caráter nacional do ordenamento jurídico repressivo.

Larissa van den Herik e Carsten Stahn (2012, p. 3) e Carlos Japiassú (2004, p. 40) lecionam que as sementes da internacionalização do Direito Penal recaem no Tratado de Versalhes de 1919, o qual encerrou a Primeira Guerra Mundial, e trouxe a previsão de responsabilizar criminalmente o Kaiser Wilhelm II por sua deflagração e pelos crimes de guerra praticados, mediante a institucionalização de um tribunal *ad hoc*.

A concepção de internacionalização do Direito Penal, legou uma noção de que determinadas normas proibitivas, até então vistas sob o escopo do ordenamento jurídico interno, poderiam ser internacionalizadas, para acarretar em uma proteção criminal além de fronteiras (GUILFOYLE, 2016, p. 3). Incluindo, além de normativas internacionais, a projeção dos efeitos da norma de um Estado para outro.

M. Cherif Bassouni (1999, p. 1) leciona que a internacionalização do Direito Penal restou inerte logo após a Primeira Guerra Mundial, dado o rearmamento entre as nações e a falibilidade da Liga das Nações. Contudo, transcorrida a Segunda Guerra Mundial, o acordo de Londres, datado de 8 de agosto de 1945, se transmutou na primeira norma positivada no tocante à internacionalização do Direito Penal, congregando Estados e com efeito vinculantes, dada à sua ratificação imediata entre os Aliados.

Segundo leciona M. Cherif Bassouni (1999, p. 1), o acordo de Londres previa a instituição de um Tribunal Militar Internacional a ser criado no bojo do continente europeu, para a condução do julgamento de criminosos de guerra

pertencentes ao Eixo pelos próprios Aliados. Insta salientar que a positivação, inclusive, abarcou a compreensão mínima do que seriam definidos como os crimes de guerra, com o respectivo reconhecimento de sua retroação ao início do conflito.

A instituição de normativas positivadas em acordos multilaterais, com plena possibilidade de efetivação, mediante a imperatividade da retroação de seus efeitos, e a instituição de um tribunal *ad hoc* para o exercício da tarefa jurisdicional, sedimentou as bases futuras à internacionalização de normativas penais internacionais. Vale dizer, diante de todo o impacto deixado pela Segunda Guerra Mundial, pela primeira vez acordos multilaterais foram desenvolvidos pelos próprios Estados, sem a iniciativa de organismos internacionais, visando disciplinar o tema e aplicá-lo em prática.

M. Cherif Bassouni (1999, p. 2) conclui que as experiências de Nuremberg e Tóquio, derivadas do acordo de Londres, firmaram as bases necessárias para experiências futuras, no tocante à consolidação da internacionalização do Direito Penal como algo factível, e não teórico.

Na esteira da doutrina exposta, verifica-se que a Segunda Guerra Mundial é um marco paradigmático à consolidação, e o reconhecimento, do progressivo efeito de internacionalização do Direito Penal (aqui visto em sentido lato), considerando que derivou de um conflito militar de abrangência internacional. Há, assim, uma diferença fulcral com as antigas disciplinas fundadas nas Convenções Internacionais de Genebra, estimuladas por organismos internacionais e barradas pela própria soberania dos Estados, sem aplicabilidade fática, no tocante à aplicação individualizada de um órgão dotado de função jurisdicional atinente.

Edwin Bikundo (2014, p. 69) defende tal concepção, partindo do escopo de que as normativas realizadas por convenções internacionais eram definitivamente precárias, sem qualquer executividade. Tanto é, que é um fato notório que os dois conflitos mundiais do século XX foram permeadas por situações de lesa-humanidade, em desamparo às legislações repressivas internas, algumas, inclusive, modificadas, e as convenções internacionais que possuíam o condão de disciplinar os conflitos bélicos.

O autor (2014, p. 70) conclui, assim, que a deficiência das normas provenientes de compromissos internacionais, ainda que com algum viés repressivo, eram ineficazes pela ausência de qualquer comando executório. Tal deficiência seria suprimida quando os próprios Estados, de forma cooperativa, desempenharam

atividades positivas para implementá-las. Assim, os julgamentos conduzidos em Nuremberg e Tóquio estratificaram a internacionalização do Direito Penal, posto que pela primeira vez, em larga escala, normas penais harmonizadas seriam submetidas à jurisdição de cunho internacional de um único ente.

Logo, ante a centralização de um órgão dotado de função jurisdicional, e do esforço conjunto de diversos Estados, não mais interessava a nacionalidade do agente ou o ordenamento jurídico de seu país à época do conflito, tendo em vista a possibilidade de puni-lo, conforme o reconhecimento de sua capacidade jurídica no plano internacional. Sem embargo, seus efeitos seriam projetados sobre indivíduos e Estados, independentemente da anuência.

Houve um procedimento coeso de abertura da soberania de cada um dos países Aliados, no tocante ao exercício da jurisdição, das normativas correlatas e da aplicação da reprimenda em cunho supranacional, sem a predominância de um Estado. Havendo apenas a necessidade de ressaltar os prisioneiros de guerra já detidos em seu território, como as punições individuais já realizadas até então (SAYAPIN, 2014, p. 40).

Nesse sentido, Sergey Sayapin (2014, p. 40) pontua que a estrutura desenvolvida pelos Aliados, congregava expressões de cada um dos países vitoriosos. O procedimento adotado para a condução dos respectivos processos seria um misto entre a *common law* britânica e norte-americana, no tocante à oralidade do feito, e o *civil law* francês, vinculando a jurisdição exercida à norma penal positivada. Por conseguinte, no tocante a conversão da fase investigativa à fase judicial, seria adotado modelo soviético integralmente inquisitorial.

Sobre este último modelo, e a sua incidência quanto ao procedimento investigatório e judicial do feito no escopo dos Tribunais Internacionais, Harold Berman (1983, p. 33) explica que as práticas investigatórias já eram judicializadas de plano, primando-se pela produção de provas orais. Em sequência, o julgamento era realizado de forma sumária, excluindo-se as discussões teóricas e legais, relegadas ao momento da formalização da acusação, primando-se apenas pelo exame do cotejo probatório dos autos, posto que o modelo soviético primava somente pela busca da verdade real.

Tomando-se como parâmetro o marco histórico da Segunda Guerra Mundial, verifica-se que tal conflito, norteador por ações que encontravam amparo

nos ordenamentos jurídicos instituídos, implicou no desenvolvimento de estruturas de contenção para frear o exercício imperativo da soberania dos Estados.

A título exemplificativo, vale mencionar o próprio interrogatório de Adolf Eichmann (ARENDR, 2006, p. 153), por ocasião de seu julgamento, no qual este se escorava no cumprimento das obrigações que lhe eram passadas, previstas no próprio ordenamento jurídico da Alemanha Nazista, omitindo-se sobre o teor destas. Como exposto por Hannah Arendt, não existia mais qualquer crivo moral que permitisse a Eichmann questionar a natureza das obrigações fixadas, em razão dos “vícios da obediência cega, ou a ‘obediência cadavérica’ (kadaverrgehorsam), como ele (Eichmann) próprio a chamou” (2006, p. 153).

A abstrativização excessiva do Estado, capaz de possibilitar que as suas respectivas competências fossem permeadas por ideologias ou interesses escusos, possibilitava, assim, a corrupção do exercício imperativo da soberania do ente político. Logo, o legado da Segunda Guerra Mundial sedimentou a ideia de que filtros analíticos e qualitativos, na seara criminal internacional, deveriam ser desenvolvidos para frear o ímpeto delitivo exacerbado, especialmente quando este se manifestava pelo próprio Estado.

Nesse contexto, a moral dissociada do Direito resultou na cegueira ideológica, quanto ao cumprimento da norma sem qualquer questionamento subjetivo, que não a sua legalidade e constitucionalidade por critérios meramente científicos, e a sujeição à coação estatal para o seu cumprimento. Tais constatações estariam plenamente representadas no próprio interrogatório do Adolf Eichmann.

Assim, o processo de internacionalização do Direito Penal, com maior ênfase no período histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, legou duas facetas distintas, o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal.

4.4 DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Apesar da nomenclatura, o Direito Penal Internacional não se confunde com o Direito Internacional Penal, havendo que se destacar que a posição do sufixo “internacional” no termo possui um sentido próprio.

Para a sua compreensão, pode-se adotar como parâmetro a cisão entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, para a compreensão e sentido do Direito Penal Internacional.

Carlos Pellegrini (2017, p. 448) leciona que o Direito Penal Internacional, como nos moldes do Direito Internacional Privado, é a seara criminal devidamente internacionalizada para a solução do conflito de normas jurídicas penais e de jurisdições penais incidentes sobre um mesmo fato, passível de adequação típica por mais de um ordenamento jurídico concomitante.

Trata-se, assim, se uma seara desenvolvida para definição da norma jurídica e jurisdição a incidirem sobre o fato, considerando que a globalização definiu uma maior complexidade dos fatos e o rompimento com a ideia de um isolacionismo.

Na mesma linha, Paul Bockelmann e Klaus Volker (2007, p. 27) aduzem que o Direito Penal Internacional se perfaz pela positivação das ferramentas necessárias para a solução de um conflito normativo. Assim, tal seara nada mais é do que o conjunto de regras previstos no ordenamento jurídico, para a solução de conflitos normativos, sob a premissa do reenvio no âmbito penal.

Como exemplo, os autores (2007, p. 27) citam os artigos 3º a 7º do Código Penal alemão, os quais preceituam as regras que autorizem a incidência das normativas alemãs sobre um fato delitivo em tese, ou a autorização da incidência da normativa penal de outros países.

Em sequência, ambos os doutrinadores (2007, p. 27) sustentam que o Direito Penal Internacional é um reflexo do processo de internacionalização do Direito Penal, mas com certas ressalvas, tendo em vista que o ramo em comento apenas possui o condão de solucionar conflitos normativos comuns, em decorrência da relativização das fronteiras estatais. Não se trataria, assim, da projeção da soberania de um país sobre o outro, mas de uma reunião de instrumentos jurídicos para solucionar hipóteses fáticas que envolvam múltiplas ações delitivas em diferentes países, envolvendo agentes com múltiplas e distintas nacionalidades.

Nessa senda, o Direito Penal Internacional, em condição diametralmente idêntica ao Direito Internacional Privado, disciplinaria a incidência da normativa local, ou o reenvio para o Estado competente.

A correlação entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Privado é embrionária, havendo doutrinas que defendem a tese de que o segundo abarcaria o primeiro.

Nesse contexto, Jacob Dollinger (1976, p. 22) cita o Direito Penal Internacional como mero vértice do Direito Internacional Privado, voltado à seara criminal submetida ao conflito de normas e jurisdição. Não seria, assim, uma área autônoma do Direito, mas o meio encontrado pelo legislador para acomodar o Direito Internacional Privado no ramo penal.

O autor (1976, p. 125) fundamenta sua doutrina, citando o Código de Bustamente como paradigma ao Direito Penal Internacional, tendo em vista que dentro de sua proposta de codificação do Direito Internacional Privado, ainda que a ênfase maior tivesse recaído no Direito Civil e Direito Empresarial, houve regulamentação consensual atinente à seara criminal.

Nessa linha estabelecida, Gilda Russomano (1989, p. 18) clarifica que em que pese o sufixo “internacional”, o Direito Penal Internacional nada mais é do que um direito interno, expressado em um vértice do Direito Penal. Tal seara seria adotado para fins de compatibilização do ordenamento jurídico repressivo com o latente processo de internacionalização do próprio Direito Penal, aqui visto como a incidência concomitante de normas e jurisdições penais, em razão da globalização.

Sob a prisma da soberania, o direito interno delimitaria as regras de solução de reenvio em matéria penal, desde a forma como os seus limites. Noutra vértice, também delinearía a forma pelo qual o Estado abriria mão de seu poderio, autorizando a incidência de outra jurisdição ou normativa penal dentro de seus limites.

No Brasil, o Direito Penal Internacional resta insculpido nos artigos 5º, 7º, 8º e 9º, todos do Código Penal (BRASIL, 1940, sem página). Tendo em vista as disciplinas acerca da territorialidade e extraterritorialidade da norma, a detração da pena pelo seu cumprimento antecipado no estrangeiro e a homologação de sentença penal estrangeira, para a incidência de seus efeitos em território nacional.

4.5 DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Por seu turno, o Direito Internacional Penal se afigura em vértice oposto, assumindo relevância significativa, por ser fruto do próprio Direito

Internacional, e derivado do direito estrangeiro, e não interno. Condições diametralmente opostas ao Direito Penal Internacional (RUSSOMANO, 1989, p. 18).

Do processo de internacionalização do Direito Penal, a consolidação do Direito Internacional Penal, mediante o deslocamento de concepções primitivas harmoniosas entre Estados, acerca da necessidade de se punir indivíduos por determinadas condutas de repercussão internacional, se afigura como a mais importante e expressiva. Tal conclusão se perfaz na possibilidade de que o exercício punitivo ocorra, pela primeira vez, por uma entidade dotada de uma jurisdição internacional, dissociada do *jus puniendi* até então praticado isoladamente por alguns países, no meandro do exercício da jurisdição e da conveniência de um Estado.

Diferentemente do Direito Penal Internacional, o qual já estava materializado na iniciativa do Código de Bustamante e dos tratados de extradição entre Estados, a empreitada da qual adveio o Direito Internacional Penal são os julgamentos de Nuremberg e Tóquio.

Sobre tal apontamento, Kai Ambos (2004, p. 99) leciona que o Direito Internacional Penal difere da outra seara, já que resta solidificado, como a própria terminologia atesta, nas experiências dos julgamentos realizados após a Segunda Guerra Mundial, no escopo criminal atinente, e, posteriormente, em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Documento normativo que apontou quais direitos deveriam ser tutelados em escala global, ainda que sob a égide de um Direito Penal supranacional. Não mais seria admitida a tutela exclusiva e individualizada por Estados, considerando os fatos históricos que denotaram pelo envolvimento de seus agentes em condutas altamente lesivas à humanidade.

Sobre tal diferenciação, Carlos Japiassú (2004, p. 41) acrescenta que em que pesem as bases sólidas desenvolvidas ao Direito Internacional Penal, o seu desenvolvimento restou prejudicado e obstado pela Guerra Fria, diante da instituição de 2 (dois) grandes blocos antagônicos, congregando as principais potências bélicas. Por não haver qualquer consenso em tal matéria entre tais grupos, como também pela frequência de conflitos militares, a consolidação do Direito Internacional Penal virou uma mera expectativa.

Nessa toada, o autor (2004, p. 41) exemplifica que algumas propostas já debatidas à época não foram implementadas, consoante à tensão da expectativa de um conflito de grande escala, como, por exemplo, uma codificação acerca de

crimes contra a paz e a segurança da humanidade e a fixação de um tribunal definitivo e competente para exercício de uma jurisdição internacional.

Vale destacar que o interesse na fixação de uma corte específica, não deve ser confundida com o próprio Tribunal Internacional de Justiça, um legado positivo, e permanente, da Liga das Nações. Conforme assentado na origem dos debates que levaram à sua criação, os litígios entre Estados, pelo risco de resultarem em um conflito bélico, deveriam ser confiados a um organismo internacional permanente, capaz de apreciá-los sob aspectos técnicos, alheios à imposição da força (SCOTT, 1920, p. 582).

Não havia, portanto, uma expectativa factível de que determinadas condutas repressivas pudessem ser apreciadas por tal organismo, considerando a prevalência, nos moldes do já citado Tratado de Versalhes, pelo interesse na condução de julgamentos em cortes *ad hoc*s, administrados pelos vencedores. Nesse contexto, compreende-se pela utilização de tribunais de exceção para a apreciação de fatos *a posteriori* ao conflito, especialmente sob a premissa de divisão dos espólios de guerra.

Ato contínuo, o final dos anos de 1980 e o início dos anos de 1990 foram férteis à instituição do Direito Internacional Penal, conforme a queda do muro de Berlim e subsequente fim da Guerra Fria e o surgimento de expressivos conflitos militares, representados na desintegração da antiga Iugoslávia e na guerra civil em Ruanda. O fim das agruras de um mundo polarizado e o surgimento de embates bélicos de expressiva lesividade, insuflaram novas discussões e debates para a aplicabilidade e instituição do Direito Internacional Penal.

Conforme leciona Héctor Olásolo (2018, p. 13), as catástrofes que acometeram o processo de desenvolvimento civilizatório do ser humano, implicaram na necessidade da criação de uma estrutura internacional para coibir atrocidades, seja pelo prisma meramente repressivo, seja pelo prisma intimidatório. De qualquer maneira, as experiências com os dois conflitos mundiais e os subsequentes conflitos da Guerra Fria, deixaram uma negativa impressão de impunidade, no início dos anos de 1990, que deveriam ser corrigidas pela comunidade internacional.

Como aduzido, tal impressão inicial decorreu no momento em que o globo assistia a dois expressivos conflitos militares, um no continente africano e outro no sul do continente europeu. Mormente pelo qual, forçoso reconhecer que a

opinião pública internacional clamava pela solução dos embates e a punição de seus responsáveis.

É no bojo dos Tribunais Penais Internacionais para a Ruanda e para a antiga Iugoslávia, que se iniciam as tratativas iniciais que culminariam no Estatuto de Roma de 1998.

Diante do contexto exposto, verifica-se que a tutela inicial do Direito Internacional Penal possui um viés militarista, manifesto pela subsistência de diversos embates bélicos, os quais resultaram em uma lesividade notória aos Direitos Humanos. Sobre tal conclusão, Javier Álvarez (2007, p. 35) insurge-se, aduzindo que o Direito Internacional Penal possui um viés humanista, no tocante à tutela repressiva e proibitiva dos Direitos Humanos. Sua repressão, em que pese manifesta com maior preponderância sobre conflitos militares, também deveria expandir sobre várias outras distintas figuras além do embate bélico. Nessa senda o doutrinador (2007, p. 35) como exemplos o combate ao terrorismo, a abusividade de regimes totalitários e autoritários ou ações praticadas por particulares com elevado poder frente ao Estado, como hipóteses passíveis de se amoldar aos crimes contra a humanidade.

Sobre o tema, Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin (2004, p. 68) afirmam que os crimes que justificam a persecução penal do Tribunal Penal Internacional, seriam os de maior relevância e gravidade, capazes de abalar a própria comunidades internacional. Derivando, daí um debate quanto à confusão acerca da tutela dos Direitos Humanos no bojo da jurisdição penal internacional.

A competência material seria delimitada por quatro figuras: a) genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra e d) crime de agressão. Dos quais três possuiriam natureza estritamente militar, já que manifestos em contexto de embate militar, como o genocídio, a agressão militar a outro Estado e os próprios crimes de guerra, pela prática de condutas em desacordo às normativas do Direito Castrense (BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 68).

Na opinião de José Augusto Alves (2001, p. 139), além da proteção jurídica em molde internacional, a Conferência de Roma 1998 racionalizou todo um sistema de proteção internacional de figuras jurídicas de expressiva monta, em uma agilidade notável e necessária, considerando o contexto conturbado dos anos de 1990. Sem embargo, também legou a importante, e necessária segurança jurídica,

mediante a instituição de uma corte específica e permanente com jurisdição internacional entre seus membros.

Assim, todos os seus pares estariam submetidos a um crivo jurídico comum, exercido por um órgão de reconhecida jurisdição.

Contudo, a maior inovação, além do caráter permanente sedimentado, é sem sombra de dúvidas a pacificação da jurisdição penal internacional, após a sua instituição no ano de 2002, tornando-a isonômica e permanente.

Em relação ao Brasil, vale citar o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988, sem página), o qual já consagrava como uma atividade dirigente ao Estado brasileiro, no plano internacional, participar ativamente dos debates relativos à instituição de uma Corte Penal Internacional. Sem embargo, preceituava, também, a sua respectiva filiação.

Tal obrigação restou atendida, por ocasião da edição do Decreto nº 4.388/2002 pelo Poder Executivo, o qual publicou do Estatuto de Roma junto ao ordenamento jurídico pátrio, e o compromisso de seu fiel e integral cumprimento, nos moldes do artigo 1º (BRASIL, 2002, sem página), após a ratificação do Poder Legislativo.

4.6 O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIEDADE DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Em um primeiro momento, questiona-se, pelo prisma clássico da soberania, como seria possível coexistirem duas jurisdições penais em um mesmo Estado (partindo da análise de um país membro do Tribunal Penal Internacional), no que se refere a um eventual delito positivado, seja no ordenamento jurídico interno ou por normativa internacional. Haveria, assim, uma discussão fundada na eventual relativização ou diminuição da amplitude da soberania de um Estado, visto que um organismo internacional, pela primeira vez, assumiria uma faculdade até então consolidada pelo ente político.

Sem embargo, também cingiriam questionamentos entre a concomitância do exercício da função jurisdicional atinente ao mesmo fato,

considerando que o exercício da jurisdição penal internacional é corolário à existência de tal órgão.

Mohamed El Zeidy (2008, p. 157) leciona que a adoção de um modelo complementar de jurisdição, deriva do reconhecimento da impossibilidade de sua imposição sobre os países membros do Tribunal Penal Internacional. Na concepção do autor (2008, p. 158), a Corte adotou um mecanismo de subsidiariedade, resguardando a atuação prévia e inicial dos países-membros, os quais já possuem positivados em seus ordenamentos jurídicos os mesmos tipos penais, e possuem a prerrogativa de exercer inicialmente a jurisdição penal.

Não haveria, portanto, uma suplementação da jurisdição interna ou externa, mas uma compatibilização entre ambas, resguardando-se a iniciativa do país-membro em exercer a sua. Ato contínuo, a Corte Internacional Penal não deve ser observada como uma instância recursal, visto que não integraria a jurisdição interna de um Estado, já que é uma via própria dotada da mesma prerrogativa de um país.

O caráter complementar, portanto, é uma forma de equilibrar uma prerrogativa exercida por um organismo supranacional e um Estado, sobre um ponto convergente (EL ZEIDY, 2008, p. 158). Não haveria, assim, a exclusão de uma jurisdição, mas a sua complementação por outra.

Não se pode afirmar por sua subsidiariedade, tendo em vista que a inércia ou demora da atuação de um Estado, não condiciona a Corte Penal Internacional a aguardá-lo, posto que a sua atuação supre a conduta omissiva do ente político (EL ZEIDY, 2008, p. 158). Há, portanto, um interesse coeso e harmônico de compatibilizar dois entes dotados de prerrogativas concorrentes, partindo-se da presunção de boa-fé de um Estado de processar e julgar um nacional seu, sem a necessidade de atuação posterior do Tribunal.

Sobre esta característica, Jo Stigen (2008, p. 5) pontua que seu caráter complementar, abre diversas possibilidades de incidência da jurisdição penal internacional, de acordo com a compatibilização exercida pelo país-membro da Corte Penal Internacional.

Em um primeiro momento, o autor (2008, p. 5) afirma que em que pese a jurisdição possuir natureza complementar, no plano fático esta pode ser compulsória ou opcional.

Sua natureza compulsória se manifestaria quando o próprio Estado adota uma postura omissiva, relegando propositalmente a sua jurisdição para um segundo plano e anuindo com a atuação estrangeira em seu território (STIGEN, 2008, p. 5). Assim, trata-se da abstenção de uma faculdade, para que um órgão supranacional atue em seu lugar.

A renúncia poderia se dar pela ausência de atuação, consciente de seus efeitos, ou por meio da modificação do ordenamento jurídico, pugnando que para determinados fatos, a competência jurisdicional seria de plano exclusiva da Corte Penal Internacional.

Já a hipótese opcional é a mais comum, e traduz, na prática, o conceito complementar da jurisdição. Tratar-se-ia da análise individualizada de cada um dos casos, em que o ente político, ciente de que sua inércia não impedirá a atuação da Corte Penal Internacional, escolhe se pretende exercer a sua jurisdição ou não (STIGEN, 2008, p. 5).

Diferentemente da natureza compulsória, não há qualquer inércia do Estado, assim como não há qualquer normatização atinente. Vigendo, assim, o princípio da complementariedade em sua plenitude, a ponto do ente político analisar minuciosamente cada caso, para decidir se irá exercer ou não a sua jurisdição, facultando ao Tribunal Penal Internacional o exercício de sua jurisdição, de acordo com a decisão tomada.

Todas as hipóteses descritas por Jo Stigen se reproduzem na própria análise em abstrata da soberania de um Estado. O caráter compulsório, o qual, em um primeiro momento pode levar a conclusão de que a jurisdição internacional iria se sobrepôr à jurisdição interna, na verdade só decorre pela conveniência do ente político. Esta só se materializaria na hipótese de o ente político alterar, de forma voluntária, o seu ordenamento jurídico para causar uma limitação própria ou ficar inerte.

Noutro vértice, até mesma incidência opcional se perfaz pelo acato à soberania de um ente político. Nessa hipótese, a decisão de atuar ou não se manifesta de forma discricionária, posto que sua atuação seria compreendida e acatada pela Corte Penal Internacional, e sua omissão voluntária seria complementada pela intervenção do órgão internacional.

O acolhimento desde modelo modifica completamente as antigas concepções existentes de soberania, visto que a atividade jurisdicional, para os

países-membros do Estatuto de Roma deixou de ser uma atividade obrigatória e auto afirmativa. Não há obrigatoriedade em seu exercício, mediante o seu monopólio, mas a discricionariedade, seja ela reproduzida pela inércia ou positivada no ordenamento jurídico correspondente, sabendo que não haverá uma eventual impunidade, pela atuação consentida de um órgão supranacional.

Nesse sentido, há uma recomposição de todo o conceito de soberania, pela extração de seu viés obrigatório, em que sua afirmação pode se dar mesmo pela negativa de seu uso. Noutra banda, sua imperatividade é relativizada, pela assumpção de compromissos internacionais, capazes de autorizar órgãos supranacionais a exercerem prerrogativas até então monopolizadas, consoante clamava a doutrina clássica atinente.

5 CONCLUSÃO

A volatilidade do contexto pós-moderno torna imprecisa qualquer previsão do futuro, como impede o esgotamento do tema, sob a premissa da constante alteração das relações sociais, das relações estabelecidas entre particulares e o Estado, como também das relações entre os entes políticos. Seja pela evolução da tecnologia ou pela relativização das fronteiras, a complexidade das presentes relações afetou toda a credibilidade do arcabouço teórico de fundamentação teórica do Estado, em especial, sua soberania.

A afirmação de Saddam Hussein, negando o reconhecimento da jurisdição exercida em seu julgamento e a investidura do magistrado que o conduzia, sem adentrar no mérito de seu resultado final, representa, basicamente, o fim de uma era isolacionista. Isolacionismo este representado pela doutrina clássica, a qual pregava que a simples existência do Estado como um fim em si próprio, mediante o desempenho de suas atividades exclusivas, em um contexto *sine qua non*.

Pode-se dizer que a globalização, por suas próprias características intrínsecas e explícitas, ceifou tal concepção ao instituir uma sociedade internacional devidamente interligada. Adaptar-se a tal meio virou uma condição de sobrevivência para qualquer ente político, independentemente dos efeitos provocados à formatação do Estado.

Nesse contexto, o Direito era a última fronteira à defesa de um ente político dotado de uma soberania imperativa. Contudo, sua submissão ao processo de internacionalização, e aqui destacando o Direito Penal, resultou na reconfiguração e readequação da soberania para compatibilizá-la a um novo contexto global interligado.

As vozes que pregam pela relativização da soberania, justificam que o ente político ainda conservou o seu poder, a ponto de decidir se pretende integrar-se à sociedade internacional, e até qual grau. Já as vozes que defendem por sua diminuição, defendem que a simples impossibilidade de seu exercício imperativo, resultou no surgimento de um vácuo o qual foi preenchido pelo processo de internacionalização de determinadas facetas.

O debate ainda prossegue, todavia, mesmo no bojo da divergência, há um consenso de que a imperatividade do Direito Penal, seja devido à sua

relativização ou diminuição, não mais se manifesta pela nova configuração pós-moderna.

Inclusive, pela afetação causada, houve uma flagrante modificação na configuração estatal, posto que seu critério qualificativo não mais se perfaz como outrora. Seu impacto pode ser comparável com queda dos Estados Absolutistas, mediante o presente fracionamento das atividades legislativas e jurisdicionais.

Assim como no passado, para se garantir a sobrevivência do ente político houve necessidade de dividir os poderes exercidos, influenciando em uma nova configuração. O modelo de separação de poderes ainda persiste, contudo, pela nova configuração da sociedade internacional, dessa vez a soberania necessitou ser reconfigurada individualmente, para acomodar os Estados na realidade vigente, sem prejuízo das conquistas pretéritas.

O Direito Penal, portanto, foi remodelado para comportar a previsão de produção de normas penais no estrangeiro, capazes de serem absorvidas pelo ordenamento jurídico interno, e com a mesma validade se comparadas com àquelas produzidas direito interno. O mesmo pode-se dizer sobre a jurisdição penal, a qual não é mais vista como um monopólio exclusivo do ente político.

Nesse contexto, houve uma profunda alteração de toda a concepção clássica do Direito Penal, o qual deixou de ser visto apenas por uma única dimensão de cunho estatista, afigurando-se, na atualidade, como uma seara jurídica bidimensional, manifesta pelo prisma interno e externo.

Ainda que o debate continue acerca dos efeitos sobre soberania do ente político, o Direito Penal, de forma cristalina, foi profundamente modificado e suprimido pela repartição de suas atribuições exclusivas, tanto com um órgão supranacional, como pela atividade comungada de outros Estados no plano internacional. Suas atividades legislativa e jurisdicional foram descentralizadas e compartilhadas como pretexto de integração à sociedade internacional, e estabelecimento de objetivos comuns.

As profundas alterações causadas diametralmente opostas à formatação prévia, nos moldes do efeito *Cliquet*, resultaram na concepção de que tais mudanças tornaram defesas qualquer concepção de retroceder ao modelo antigo. Logo, a formatação atual do Direito Penal possui o condão de possibilitar ao Estado o ingresso e participação na sociedade internacional, exigindo, assim, a sua adequação aos parâmetros estabelecidos, concernentes à produção normativa no

estrangeiro e o exercício jurisdicional por outro órgão. Mormente pelo qual, infere-se que o acolhimento a um posicionamento contrário, significa levar o ente político a uma posição de completo isolamento em uma seara globalizada.

Portanto, acolher esta nova concepção significa adequar-se a uma nova realidade visando à garantia e sobrevivência do Estado em um plano completamente integrado. Já a negativa corresponde ao flerte com a solidão.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, Javier Chinchón. Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia um modelo para el castigo de los crímenes passados a través de la experiência iberoamericana. Madri: Ediciones Parthenon, 2007;

ALVES, José Augusto Lindgren. Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001;

AMBOS, Kai. Estudios de derecho penal internacional. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2004;

ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. O Direito e o Estado como Estruturas e Sistemas: Um Contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado. Belo Horizonte: Ubirajara Coelho Neto, 2013;

ARENDDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

ARZT, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao estudo do Direito. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

AUBY, Jean-Bernard. La Globalización, El Derecho Y El Estado. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2012;

AURÉLIO, Diogo Pires. A Soberania como localização do infinito na existência individual. Cultura. Lisboa, vol. 35, p. 15 – 29, 2016;

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 2ªed. São Paulo: Globo, 2008;

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: Parte Geral. 6ªed. Salvador: JusPODIVM, 2016;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2001;

BARVÍKOVÁ, Hana. *Exil V Praze a Československu 1918-1938*. Praha: Pražská edice, 2005;

BASSOUNI, M. Cheriff. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2ªed. Haia: Kluwer Law International, 1999;

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011;

_____. *Globalização: As consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999;

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004;

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015;

BERMAN, Harold J. "Soviet Union". In KADISH, Sanford H. *Encyclopedia of Crime and Justice*. New York: The Free Press. pp. 15-207, 1983;

BETTERMAN, Karl August. "Rechtsprechung/rechtsprechende Gewalt" In ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1996;

BIKUNDO, Edwin. *International Criminal Law: Using or Abusing Legality?*. Londres: Routledge, 2014;

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige handlung und die arten des delikts*. Leipzig: Verlag Von Wilhelm Engelmann, 1872;

BOCKELMANN, Paul; VOLKER, Klaus. Direito Penal Parte Geral. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

BOWKER, Art; SHIPLEY, Todd G. Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace. Waltham: Syngress Publishing, 2014;

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1988). Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Data de acesso: 21 out, 2018;

_____. Código Penal (1940). Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Data de acesso: 21 out. 2018;

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Data de acesso: 10 ago. 2018.;

_____. Decreto nº 3.847, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF, set 2012;

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2010;

CLOUGH, Jonathan. Principles of Cybercrime. 2ªed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição Constitucional Democrática. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004;

CUDWORTH, Erika; HALL, Timothy; MCGOVERN, John. *The Modern State: Theories and Ideologies*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007;

DA COSTA, Álvaro Mayrink. *Crime Militar*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978;

DARGE, Tobias. *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht*. Heidelberg: Springer Verlag GmbH, 2010;

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004;

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016;

DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976;

EBERT, Udo. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Said Escudero Irra. Pachuca: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005;

EL ZEIDY, Mohamed M. *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008;

ELIAS, Norbert. *Os Alemães: A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1997;

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo Penal*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006;

_____. "Criminalidad y Globalización" *In Claves de Razón Práctica*, nº 152, pp. 20-25, tradução de Miguel Carbonell, 2005;

FERREIRA, Érica Lourenço de Lima. Internet - Macrocriminalidade e Jurisdição Internacional. Curitiba: Juruá, 2007;

FERREIRA, Pinto. Da soberania. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1943;

FRANKENBERG, Günter. A gramática da Constituição e do Direito. Volume 7. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

GEVORGYAN, Karen. Concept of State Sovereignty: Modern attitudes. Materials of conference devoted to 80th of the Faculty of Law of the Yerevan State University. Yerevan YSU Press, 2014, pp. 431 - 448. Disponível em: <http://ysu.am/files/Karen_Gevorgyan.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018;

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos Fundamentais Sociais: Releitura de uma Constituição Dirigente. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2015;

GORAIEB, Elizabeth. A extradição no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Mauad, 1999;

GOUVÊA, Sandra. O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997;

GRECO, Rogério. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Vol 1. 18ªed. Niterói: Editora Impetus, 2016;

GUILFOYLE, Douglas. International Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2016;

HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. Tradução de Georger Sperber; Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002;

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

JAKOBS, Günther. A Imputação Penal da Ação e da Omissão. Barueri: Manole, 2003;

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução do estado do direito: técnica, decisão, dominação. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2003;

KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. Public International Law. 5ªed. Londres: Routledge, 2015;

KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press, 2009;

KITTICHAISAREE, Kriangsak. Public International Law of Cyberspace. Cham: Springer, 2017;

LANE, Jan-Erik. Constitutions and Political Theory. Manchester: Manchester University Press, 1996;

LECH, Marcelo Mendes; MOREIRA, Luiz Carlos Lopes. Manuel de Direito Internacional Público. 1ªed. Canoas: Editora da ULBRA, 2004;

LIMA, Caroline Alves de Souza. O Princípio Constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Barueri: Manole, 2004;

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. A relação extradicional no direito brasileiro. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001;

LOUGHLIN, Martin. Foundations of Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2012;

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

MARTINS, Patrícia Fragoso. O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados-Membros: Dos Tratados ao Projecto de Constituição Europeia. 1ªed. Estoril: Editora Príncípa, 2006;

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. Vol 1. 11ªed. São Paulo: Editora Método, 2017;

MIRANDA, Jorge. Curso de Direito Internacional Público. 3ªed. Estoril: Editora Principia, 2006;

MÖLLERS, Christoph. The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford: Oxford University Press, 2014;

MONAGHAN, Nicola. Criminal Law. 5ªed. Oxford: Oxford University Press, 2017;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. Tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996;

NAVOT, Suzi. The Constitutional Law of Israel. New York: Kluwer Law International, 2007;

OJER, Leticia Jericó. El conflicto de Conciencia ante el Derecho Penal. Madrid: La Ley, 2007;

OLÁSOLO, Héctor International Criminal Law: Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2018;

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. Direito Penal Transnacional. São Paulo: Editora Baraúna, 2017;

PIMENTA, Marcelo Vicente De Alkmin. *Direito Constitucional em Perguntas e Respostas*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007;

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia del Derecho*. Tradução de José Medina Echavarría. Zaragoza: Talleres, 2007;

_____. "Legal Philosophy" *In* WILK, Kurt. *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press, 1950;

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ªed, São Paulo: Saraiva, 2010;

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno: Conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do MERCOSUL*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001;

ROGERS, Kevin. *The Internet and the Law*. Londres: Palgrave Macmillan, 2011;

RUSSOMANO, Gilda Maciel Côrrea Meyer. *Direito Internacional Público*. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989;

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002;

SAYAPIN, Sergey. *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*. Haia: Asser Press, 2014;

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006;

SCOTT, James Brown. "A Permanent Court of International Justice" *In* *The American Journal of International Law*. American Society of International Law. nº14, 1920;

STIGEN, Jo. *The Relationship Between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*. Leidein: Martinus Nijhoff Publishers, 2008;

TERRAGNI, Marco Antonio. *Estudios sobre la parte general del derecho penal*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2000;

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Democracia e Jurisdição entre Texto e Contexto*. São Paulo: Baraúna, 2012;

VAN DEN HERIK, Larissa; STAHN, Carsten. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012;

VINX, Lars. *Hans Kelsen's pure theory of law. Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.