

A EXPERIÊNCIA APORÉTICA DA PENA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

THE APORETIC EXPERIENCE OF PUNISHMENT IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

FERNANDO B. S. FISCHER

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2022). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – Instituto de Criminologia e Política Criminal (2009) e em Ciências Criminais pelo UniCuritiba (2007). Pesquisador vinculado ao Núcleo de Estudos em Internacionalização do Poder Punitivo (NEIPP) da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal do curso de pós-graduação da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4996885196638598>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-0935-2144>].

fernandobardelli@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724903>].

Recebido em: 28.03.2022

Aprovado em: 17.01.2023

Última versão do autor: 27.01.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O direito penal internacional, edificado a partir das experiências jurídicas de *common law* e de *civil law*, recorreu às tradicionais teorias da pena oriundas do direito penal nacional em busca de legitimação para seu sistema punitivo. Entretanto, o complexo cenário multicultural e multifatorial que a justiça penal internacional pretende regular se mostra extremamente contingente perante as respostas oferecidas pelas construções jurídico-penais domésticas. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo analisar a compatibilidade entre as teorias positivadas da pena e o fenômeno punitivo internacional, em relação tanto à justificação quanto à individualização da pena.

ABSTRACT: International criminal law, built on the experiences of common law and civil law, resorted to traditional theories of punishment from national criminal law in search of legitimacy for its punishing system. However, the complex multicultural and multifactorial scenario that international criminal justice aims to regulate is extremely contingent facing the responses offered by domestic legal and criminal constructions. Therefore, the present study seeks to analyse the compatibility among the positive theories of punishment and the international punitive phenomenon, both in relation to justification and to the sentencing process.

PALAVRAS-CHAVE: Aporias – Individualização da pena – Direito penal internacional – Justificação racional – Teorias da pena.

KEYWORDS: Aporias – Sentencing – International criminal law – Rational justification – Theories of punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Finalidade preventiva da pena. 2.1. Dissuasão geral. 2.2. Dissuasão especial, neutralização e ressocialização. 3. Finalidade integradora da pena. 4. Finalidade retributiva da pena. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a alvorada do pensamento iluminista, culminando nas revoluções liberais do século XVIII, as quais, por sua vez, inauguraram a forma de Estado moderno, o direito deixou de ser considerado um fruto da imutável ordem natural de inspiração teocêntrica para ser entendido como uma construção essencialmente humana (VILLEY, 2006). A partir de então, o direito penal passou a demandar uma justificação racional, uma vez que o mero apelo aos costumes e às tradições já se mostrava insuficiente para legitimar a imposição da punição estatal em face do indivíduo.

Nesse contexto, surgiram as duas concepções dominantes do discurso oficial de justificação da pena: a prevenção e a retribuição. Pode-se afirmar que a própria legitimação do direito penal permeia a discussão entre convicções preventivas e repressivas, de modo que tanto a dogmática criminal quanto a filosofia jurídica dos últimos três séculos foram palco de permanentes disputas entre essas duas propostas.

Embora o direito penal tradicional nunca tenha conseguido dirimir satisfatoriamente tal controvérsia, mesmo perante tentativas de redesenhá-la em contornos mais consensuais, essa questão invariavelmente atingiu a seara do direito penal internacional.¹ Ao se falar em direito penal internacional, remete-se ao direito penal criado e realizado em *locus* internacional (DISSENHA, 2014, p. 271), porém, com a manutenção do compromisso com a garantia dos direitos humanos e com a observância dos tradicionais princípios limitadores do poder punitivo.

O sistema de justiça penal internacional se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg e, posteriormente, com as cortes *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia) e para Ruanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), todos constituídos após a ocorrência dos fatos por eles julgados. Atualmente, encontra-se em pleno funcionamento o Tribunal Penal Internacional,

1. Ao realizar uma análise crítica do sistema de justiça penal internacional, Mégret (2001, p. 206) aponta que as tentativas de conciliar o retributivismo com o utilitarismo conferem um verniz de legitimidade ao sistema criminal, em uma aliança distintamente profana e resiliente. Contudo, alerta que: “sooner or later, however, the system is destined to become terminally ill because it ontologically requires elements that cannot bring itself to justify analytically”.