

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO I: Direitos humanos e teoria dos princípios.....	4
1 Tratamento histórico aos direitos humanos.....	4
1.1 Direitos humanos em Constituições brasileiras.....	8
2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	10
2.1 Características dos direitos fundamentais.....	14
2.2 Dimensões dos direitos fundamentais.....	16
2.3 Fundamentos.....	18
3 Dignidade Humana.....	19
4 Princípios, regras e postulados.....	21
4.1 Definição e evolução da juridicidade de Princípios.....	26
5 Garantias constitucionais.....	27
6 Limites e restrições dos direitos fundamentais.....	28
6.1 Irrestringibilidade de direitos fundamentais.....	31
6.2 Controle do Judiciário.....	32
CAPÍTULO II: Aspectos penais e criminológicos relevantes.....	34
1 Surgimento do Direito Penal.....	34
2 Conceito de Direito Penal.....	36
2.1 Função do Direito Penal.....	40
2.2 Princípios de Direito Penal.....	42
3 Criminologia.....	43
3.1 Escolas relevantes.....	45
3.2 Garantismo Penal.....	51
4 Modelos de prevenção do delito.....	53
5 Direito penal do autor/inimigo.....	55
6 Princípios de direito penal e técnica legislativa.....	56
6.1 Proporcionalidade.....	56
6.2 Idoneidade.....	56
6.3 Necessidade.....	58
6.4 Proporcionalidade em sentido estrito.....	59
7 Limitações do <i>Ius Puniendi</i> .....	61
CAPÍTULO III: Legalidade da castração química.....	64
1 História e método da castração química.....	64

2	Projetos de lei brasileiros referentes à castração química .....	65
2.1	Projeto de Lei nº 7.021, de 2002, da Câmara dos Deputados .....	66
2.2	Projeto de Lei nº 4.399, de 2008, da Câmara dos Deputados .....	66
2.3	Projeto de Lei nº 552, de 2007, do Senado Federal .....	67
2.4	Proposta de Emenda Constitucional nº 590, de 1998, da Câmara dos Deputados .....	67
3	Direito comparado .....	68
4	Análise dos projetos .....	69
4.1	Legal .....	69
4.2	Humanista .....	73
4.3	Criminológica .....	74
	CONCLUSÃO .....	76
	REFERÊNCIAS .....	78
	APÊNDICE A .....	86
	Projeto de Lei nº 4.399, de 2008, da Deputada federal Marina Maggesi.....	86
	APÊNDICE B .....	87
	Projeto de Lei nº 7.021, de 2002, do Deputado federal Wigberto Tartuce .....	87
	APÊNDICE C .....	88
	Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, do Senador Gerson Camata .....	88
	APÊNDICE D .....	89
	Proposta de Emenda Constitucional nº 590, de 1998, da Deputada federal Maria Valadão .....	89

## INTRODUÇÃO

Crimes de natureza sexual carregam consigo maior reprovabilidade em razão da interferência na liberdade da pessoa e das consequências que acarretam à vítima e seus familiares. A sua real dimensão é mitigada pelas circunstâncias do crime, marcadas por agressões físicas e psicológicas, muitas vezes realizadas por pessoas da própria família, o que dificulta a delação e, por conseguinte, a punição.

Casos emblemáticos ganham destaque por causa disto. Dentre outros recentes, podem ser citados o estupro e a morte de Rachel Genofre, de nove anos, em Curitiba, cujo corpo foi encontrado em uma mala no final de dois mil e oito, e uma jovem de iniciais M. P. L. cuja identidade foi mantida em sigilo, baleada e estuproada em fevereiro de dois mil e nove em Matinhos, ambos no Paraná.

A repercussão social destes tipos de crime, pelos motivos expostos, é enorme. Respostas imediatistas sempre são buscadas. Nesta conjuntura se enquadra a pena de castração química.

Desde a promulgação da atual Constituição, três projetos de lei e uma proposta de emenda constitucional já tratam do tema. Partem todos do pressuposto de que há constitucionalidade na aplicação da pena de castração química, possibilidades materiais de sua implementação e certeza na sua eficácia.

Todavia, estes fatos devem ser questionados.

O foco deste trabalho, longe de perquirir a inegável atrocidade destes tipos de crime, é avaliar, principalmente, a possibilidade de inserção, no âmbito da validade, e, secundariamente, as eficácias jurídica e social deste tipo de pena no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho segue o método dedutivo. Desta forma, no primeiro capítulo será feita uma abordagem voltada a aspectos humanísticos relacionados ao tema, com o enfoque em direitos fundamentais. Já no segundo serão tratados aspectos penais referentes à castração química, como as correntes criminológicas envolvidas e princípios que devem ser observados pelo legislador ao tratar do tema. Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise da castração química nos moldes dos projetos de lei e proposta de emenda constitucional, a fim de se averiguar sua viabilidade.

## CAPÍTULO I: Direitos humanos e teoria dos princípios

### 1 Tratamento histórico aos direitos humanos

Antes de qualquer análise acerca de restrição a direitos humanos, tema deste trabalho, necessário seu delineamento histórico. De acordo com José Afonso da Silva,

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das Constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos jurídicos nacionais integram as Constituições, adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo (...).<sup>1</sup>

A seguir será brevemente tratada a evolução no reconhecimento dos direitos humanos, em seus aspectos mais relevantes.

A Magna Carta Inglesa<sup>2</sup>, de mil duzentos e quinze, representou um avanço à época no sentido de que limitou os poderes dos monarcas, especialmente do rei à época, João Sem Terra. Nela há previsão de liberdades e garantias patrimoniais, como a liberdade de eleições.

Ainda na Inglaterra, a *Petitions of Rights*, de mil seiscentos e vinte e oito, já aponta para limites aos poderes do Estado, ente político em ascendência, pois representa pedido de garantias como a defesa criminal, inclusive com referências Magna Carta.

Nos Estados Unidos, em mil setecentos e setenta e seis, por meio da *Declaração de Direitos de Virgínia*, instrumento de independência de treze ex-colônias da Inglaterra, também foram resguardados alguns direitos. Por meio dela passou a haver a previsão de resguardo à vida do indivíduo, igualdade e proteção contra a repressão penal. Semelhante previsão foi feita em mil setecentos e noventa

---

<sup>1</sup> SILVA, José, p. 175.

<sup>2</sup> *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*

e um, na versão final da *Constituição Federal da Filadélfia*, que previa a proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias<sup>3</sup>.

Estas mudanças graduais consolidaram-se na Europa com a Revolução Francesa, reflexo das condições vividas à época. A ascendente burguesia, nova classe econômica, conseguiu realizar uma revolução política para tomar o poder. A concretização disto ocorreu com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de mil setecentos e oitenta e nove. Nela foram codificados direitos com pretensão de universalidade, tal qual o item XV, que previa que “A lei não deve discernir senão penas estritamente e evidentemente necessárias: - As penas devem ser proporcionais ao delito e úteis à sociedade”<sup>4</sup>.

A inovação trazida pelas Declarações de Direitos de Virgínia e Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o deslocamento da figura deôntica, que, ao invés de deveres, passa a prever direitos. Além disso, a sociedade era entendida até então de forma holística, com a crença de que o todo - Estado – era anterior e superior à existência das partes – indivíduos. A elevação do individualismo como o valor da sociedade moderna possibilitou a emergência dos direitos do homem<sup>5</sup>.

Algum tempo depois disto, já no século XX, ganhou relevância a corrente positivista de Kelsen, o que favoreceu o desrespeito a direitos humanos. Contrária à corrente jusnaturalista, ela era estruturada no seguimento à lei com base em sua hierarquia (formalmente), conforme o modelo de Pirâmide Normativa. Por meio dela buscava-se a pureza da ciência jurídica e sua autonomia frente a outras. Não eram admitidas lacunas nem inserção de juízos de valor em quaisquer normas. Tornam-se essenciais a validade destas normas e o seu fundamento axiológico, a Norma Fundamental. Ou seja, a normatividade decorria somente de aspectos formais. Para esta corrente, uma norma, mesmo que afrontadora de direitos humanos, desde que respeitadora da hierarquia jurídica, seria válida.

Os crimes da II Guerra Mundial permitiram o questionamento do positivismo e ressurgimento do jusnaturalismo, uma corrente de origem indeterminada, com aspectos teóricos variados (corrente com raízes, entre outras, sofistas, estóicas e

---

<sup>3</sup> DIMOULIS, et al., p. 27.

<sup>4</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 12 de out. de 2009.

<sup>5</sup> BEDIN, p. 23.

racionalistas)<sup>6</sup>, que prevê a existência de direitos inatos a todos os indivíduos, e que, justamente por isso, deveriam ser reconhecidos independentemente do período e do regime político.

Posteriormente, com a criação das Organizações das Nações Unidas (ONU) e a elaboração da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de mil novecentos e quarenta e oito, houve a positivação e a universalização destes direitos, que, doravante, não se restringiriam aos cidadãos de países específicos. Estes transfiguraram-se em direitos do homem. Reconhece-se que neles não há exaustão, mas sim, em decorrência de sua condição de produtos da civilização humana, suscetibilidade de transformação e ampliação. Nas palavras de Flávia Piovesan:

A Declaração Universal representa a consciência histórica de que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.<sup>7</sup>

Delineia-se, desde então, uma nova etapa do Direito Constitucional, assim descrita por Barroso:

A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e a Teoria dos Direitos Fundamentais.<sup>8</sup>

Esta etapa representa a superação do método acríptico e formalista do positivismo e do método vago e abstrato do jusnaturalismo. Nela, há uma reaproximação entre ética e direito com resguardo constitucional, seja implícita ou explicitamente. Haveria uma liderança axiológica de direitos supralegais, doravante responsáveis por integrar a ordem jurídica.

---

<sup>6</sup> Destaca Celso Lafer a presença de quatro elementos em comum a todas elas: imutabilidade (princípios atemporais); universalidade; acessibilidade em decorrência da razão, intuição ou revelação (princípios dados, e não postos por convenção). Para maiores informações: LAFER, p. 36.

<sup>7</sup> PIOVESAN, p. 34.

<sup>8</sup> BARROSO, p. 42

Por isto, na atual etapa, há destaque para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas”<sup>9</sup>, com marco histórico na *Carta de São Francisco*<sup>10</sup>, em que passaram a ser admitidas a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos em âmbito internacional. Passam a ser consagradas as lógicas da supremacia do indivíduo como ideal do Direito Internacional e realista da busca de cooperação entre os povos para proteção daqueles direitos<sup>11</sup>, bem como obrigações *erga omnes* internacionais<sup>12 13</sup>.

Atualmente, mesmo a negativa de reconhecimento de personalidade jurídica à pessoa humana<sup>14</sup> em âmbito internacional, especialmente criminal, em razão de faltarem-lhe algumas das cinco categorias fundamentais<sup>15</sup>, tem passado por questionamentos. São prova disso a instituição de um Tribunal Penal Internacional para julgamento de genocídios, crimes de guerra, entre outros, com jurisdição automática, ou seja, independente de aceitação dos Estados que dele façam parte, e, também, a criação da Comissão Europeia de Direitos Humanos, cuja jurisdição volta-se a pessoas, independentemente de seus vínculos com Estados.

---

<sup>9</sup> RAMOS, p. 49.

<sup>10</sup> Tratado internacional, criado em mil novecentos e quarenta e cinco, responsável por criar a Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>11</sup> RAMOS, p. 68.

<sup>12</sup> Responsável pela proteção de valores de toda a comunidade internacional, cujo cumprimento pode ser exigido pelos Estados, como aconteceu no *leading case* Barcelona Traction, de mil novecentos e setenta.

<sup>13</sup> Não se nega a existência de tratados internacionais anteriores de proteção a direitos específicos. O diferencial daquele foi o dever expresso de promoção dos direitos humanos, inclusive como um dos pilares da ONU. No âmbito desta, são previstas por Villán Durán quatro rubricas de tratados que versam sobre: temas gerais (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a título de exemplo); temas específicos (Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, entre outras); protetores de determinadas pessoas (tal qual a Convenção e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados) e contra a discriminação (como a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial). Até mesmo em âmbito regional foram criados textos, como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>14</sup> Tradicionalmente, são titulares de personalidade jurídica internacional os Estados, as Organizações Internacionais e as Organizações não-governamentais. Para maiores informações, consultar SOARES, 2002, p. 141-162.

<sup>15</sup> São as capacidades de: produzir atos jurídicos internacionais; serem imputados fatos ilícitos internacionais; acesso aos procedimentos contenciosos internacionais; tornarem-se membros e de participar plenamente da vida das organizações internacionais intergovernamentais e estabelecer relações diplomáticas e consulares com outros Estados.

### 1.1 Direitos humanos em Constituições brasileiras

A Carta Brasileira de mil oitocentos e vinte e quatro, mesmo submetida à aprovação das províncias, não gozou, necessariamente, de respaldo popular. Apesar de fundar-se em compromissos liberais, apresentava caráter de mando pessoal semi-absoluto do imperador, que não necessariamente a obedecia.

O aspecto liberal desta Constituição residia em avançado elenco de garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, com consagração de princípios como o da legalidade e da isonomia, novidade no constitucionalismo brasileiro, instituído no inciso XIII do art. 179. Ele também previa, em seu inciso XIX, que “*Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis*”. Entretanto, muitas das previsões não eram seguidas, diante dos privilégios da nobreza, do voto censitário e do regime escravocrata.

A proclamação da República em mil oitocentos e oitenta e nove, de que é reflexo a Constituição de mil oitocentos e noventa e um, decorreu de mero pronunciamento formal militar, e não de uma conquista popular. A nova Constituição, inspirada na norte-americana, inovou na forma republicana de governo, em seu sistema presidencial e na forma federal de Estado. Nos parágrafos dezenove e vinte do art. 72, eram abolidas as penas de banimento judicial, galé e morte – neste último caso, permitida somente em tempo de guerra.

Apesar de o Decreto nº 19.398 de mil novecentos e trinta ter formalizado a transição para um governo provisório após a *Revolução de mil novecentos e trinta*<sup>16</sup>, apenas em mil novecentos e trinta e quatro foi elaborada uma nova Constituição, marcada pela Constituição de Weimar e pelo corporativismo. Entre as inovações, destacavam-se a Justiça do Trabalho; um título exclusivo para a Ordem Econômica e Social; instituição do Mandado de Segurança e Ação Popular. Com relação às penas, em seu art. 113, 29, determinava a proibição das de banimento, morte (salvo em caso de guerra), confisco ou caráter perpétuo.

A Constituição de mil novecentos e trinta e sete, inspirada na Constituição polonesa de mil novecentos e trinta e cinco, embora outorgada, permitiu a incorporação de direitos econômicos e sociais em esfera constitucional, com

---

<sup>16</sup> Decorrente de vários fatores, dentre os quais se enquadram a crise econômica de 1929, o surgimento da nova burguesia urbana e do Tenentismo.



especial destaque aos direitos trabalhistas. Por outro lado, artigos como o 122, 15, 'a', permitiam a censura prévia da imprensa. No que tange às penas, o item 13 do art. 122 proibia as corpóreas perpétuas, ao mesmo tempo em que permitia a cominação de pena de morte, em caso de condenado por homicídio por motivo fútil e perversidade.

Em seguida, a Constituição de mil novecentos e quarenta e seis representou a volta do Estado Democrático de Direito, e trouxe com ela algumas inovações, como o princípio de ubiqüidade da jurisdição do art. 141, §4<sup>o17</sup>, e a individualização da pena do art. 141, §29. No parágrafo 31 do art. 141 já passaram a ser vedadas as penas de morte, banimento e confisco, além das de caráter perpétuo.

A Constituição de mil novecentos e sessenta e sete, fruto da ditadura, representou retrocesso de algumas garantias, como homologação e impossibilidade de apreciação dos Atos Institucionais, conforme art. 173, e a restrição de reuniões no §27 do art. 150, já que condicionadas a autorização prévia. Mantiveram-se as proibições dos tipos de pena supracitados, da Constituição de mil novecentos e quarenta e seis.

Após mais de vinte anos de ditadura, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de mil novecentos e oitenta e oito (CRFB/88). Explica Bedin<sup>18</sup> que ela ampliou também, mais do que qualquer de suas antecedentes, os direitos sociais. Em decorrência do término de longo período ditatorial, volta-se ela à consagração de direitos e garantias no Título II, por meio de sua fixação como cláusulas pétreas pelo art. 60, §4<sup>o</sup>. O princípio de aplicabilidade imediata destes tipos de normas foi inserido no art. 5<sup>o</sup>, §1<sup>o</sup>. Preocupou-se o constituinte também em não excluir direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais dos quais o país faça parte, conforme o art. 5<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>. De todas as Constituições, é esta a que apresenta maior resguardo dos direitos humanos.

Conforme exposto, havia maior previsão de resguardo de direitos e garantias individuais em Constituições brasileiras promulgadas, diferentemente das ditatoriais. Vale ainda destacar que sempre houve preocupação pelos constituintes em proibir penas de caráter perpétuo. No que se refere à proibição de pena cruel, prevista na primeira Constituição, somente retornou na atual.

---

<sup>17</sup> A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

<sup>18</sup> BEDIN, p. 106.

## 2 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

Conforme visto, a partir da segunda metade do século XX, houve uma superação da concepção acrítica que vinculava o direito à lei, aquela formalmente aprovada por pessoas representantes da vontade da maioria. A partir da nova Hermenêutica, pode-se constatar que, além de critérios formais, deve a Constituição observar também critérios materiais. Aí se inserem os direitos humanos.

Estes critérios materiais do atual constitucionalismo dos direitos fundamentais são o conjunto de condicionantes ético-jurídicos preexistentes ao exercício do poder constituinte originário. Considera-se que a *Constituição em sentido material*, consoante Otto Bachof, exige a tomada de consideração de um direito supraestatal, marca do direito da modernidade. Desta maneira, a interpretação de direitos fundamentais mostra-se uma condição para que se assegure a dignidade da pessoa humana, dada sua inter-relação<sup>19</sup>.

Para a Hermenêutica, a compreensão jurídica envolve uma estrutura circular que abarca um sentido, manifestado por regras ou princípios prévios. Segundo Hans-Georges Gadamer, existe neste círculo uma antecipação de sentido, oportunidade em que há interpretação das partes. É desta maneira que a compreensão da estrutura circular da dignidade humana implica sua pré-compreensão, como condição de possibilidade de sentido, sendo seguida pela interpretação dos direitos fundamentais. Esta, por seu turno, também auxiliam a pré-compreensão supraexposta, de forma a gerar um ciclo<sup>20</sup>.

A condição de pressupostos doutrinários de pré-compreensão jurídica tem como escopo a manutenção da garantia dos já alcançados e a exigência de programas ascendentes de ação. Para esta pré-compreensão servem, a título de exemplo, as teorias de: *dimensões dos direitos fundamentais* (ressaltadora do perfil democrático do atual constitucionalismo e do papel social do intervencionismo estatal), *universalidade*<sup>21</sup> (defensora da imutabilidade da natureza axiológica da

---

<sup>19</sup> SILVA, Reinaldo, p. 5.

<sup>20</sup> SILVA, Reinaldo, p. 6.

<sup>21</sup> Ela defende que estes independem de fronteiras estatais. Muito pelo contrário. Ela defende que todos os homens são titulares de direitos humanos e desfrutam de igual dignidade, mesmo que pertencentes a diferentes culturas. Decorre do entendimento de que estes direitos fundamentais não são criação histórica, ao contrário de seu reconhecimento.

dignidade humana) e *vontade política*<sup>22</sup> (acentuadora do caráter ambíguo do direito e do Estado na modernidade).

A definição de *direitos fundamentalíssimos* é de grande valia para o entendimento da matéria. Eles são o fundamento de todos os outros, com relação à compreensão das diversas dimensões, e “consistem no conjunto de prerrogativas inerentes à pessoa humana considerada em si mesma”<sup>23</sup>, tal como a vida, a integridade física e psíquica, e a honra. Historicamente, constam do art. 8º, parágrafos 1º e 2º, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos de mil novecentos e sessenta e seis.

Estes direitos implicam tanto atuações negativas quanto positivas do Estado. Naquelas se enquadram a proibição de qualquer forma de homicídio, mutilação, tratamento degradante, humilhante e cruel, tortura, suplício, entre outros. Já nestas, podem ser citados necessidade de oferecimento de emprego, alfabetização, oferecimento de saúde, entre outros.

Com relação aos direitos humanos, a fim de facilitar sua compreensão, dividem-se-lhes, doutrinariamente, quanto ao seu reconhecimento, em gerações<sup>24</sup>. Segundo Paulo Bonavides, a *primeira geração* de direitos representa direitos à liberdade. Seu surgimento deu-se com a Idade Contemporânea, quando da Revolução Francesa, nos séculos XVIII e XIX. Eles garantem ao indivíduo a não-intercessão do Estado em sua vida privada, motivo que gerou sua denominação de direitos negativos. Todavia, esta última terminologia não é adequada, pois eles envolvem tanto ações negativas quanto ações positivas. Aquelas são representadas por abstenções na hora, por exemplo, do voto, ao passo que as do segundo tipo podem ser exemplificadas com a organização que deve manter o Estado para que os cidadãos possam locomover-se livremente, o que envolve a manutenção de

---

<sup>22</sup> Ela distingue os direitos fundamentais a partir do critério de atuação negativo ou positivo por parte do Estado. Diferenciam os direitos de defesa, e desprestigiam os direitos de prestação.

<sup>23</sup> SILVA, Reinaldo, p. 4.

<sup>24</sup> O autor T. H. Marshall em sua obra “Cidadania, Classe Social e Status” diferenciou de outra maneira as fases dos direitos humanos. Elas, fixadas segundo períodos históricos determinados, seriam divididas em direitos civis (séc. XVIII), políticos (séc. XIX) e sociais (séc. XX). A sua classificação não engloba os direitos em âmbito internacional. Para maiores informações: BEDIN, p. 50.

grande aparelho policial. Podem ainda ser citados: liberdades de expressão; liberdade de consciência e direitos da pessoa acusada<sup>25</sup>.

Os direitos de *segunda geração*, também denominados de direitos políticos, surgiram ao longo do século XIX, e envolvem direitos ao sufrágio universal, de constituir partidos políticos e de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Os direitos de *terceira geração* envolvem aqueles relacionados à igualdade material, e seriam, então, os direitos econômicos e sociais. Dele fazem parte os direitos relativos ao homem trabalhador, ao homem consumidor de bens e serviços públicos (seguridade social; educação e habitação).

Decorrentes da Constituição Mexicana de mil novecentos e dezessete e da Constituição de Weimar de mil novecentos e dezenove, no início do século XX, surgiram normas programáticas que previam a garantia aos indivíduos de condições igualitárias de acesso à saúde e à educação, entre outros. Depois destes dois países, passaram estas normas programáticas a irradiar-se para outros países, como no Brasil, quando foi elaborada a Constituição de mil novecentos e quarenta e seis.

Os direitos de *quarta geração*, também chamados de direitos de solidariedade, são aqueles surgidos após o final da II Guerra Mundial, após a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, decorrente da criação da ONU. Em sua previsão, havia a garantia aos cidadãos globais de direitos tidos doravante como universalmente reconhecidos, tal como ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, à paz e à autodeterminação dos povos.

---

<sup>25</sup> Antes era cediço o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais de primeira geração, dentro do qual se insere a segurança e seus derivados, seriam isentos de custos, pois apresentariam abstenções estatais (a exemplo dos modelos teóricos da Indiferença e da Verificação da Limitação dos Recursos). O custo do reconhecimento dos direitos fundamentais é encarado por Sunstein e Holmes como inerente a todos os direitos fundamentais, pois seriam todos de caráter positivo, carecedores de instituições públicas para sua instituição. Esta nova teoria representou crítica à consecução preferencial de direitos tidos como de caráter negativo como a propriedade com o fundamento de que seriam isentos de custos ao Estado. Para maiores informações: GALDINO, p. 177.

## 2.2 Direitos fundamentais positivados

Explicitado o contexto histórico de previsão dos direitos fundamentais, parte-se para sua definição. Segundo Dimoulis,

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>26</sup>

Um dos principais traços diferenciadores dos direitos humanos constitucionais é a sua supremacia constitucional. Esta interpretação surgiu em mil oitocentos e três, a partir do caso *Marbrury versus Madison*, por meio do qual, nos EUA,

Declarando-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais com o poder de afastar leis votadas pela maioria dos representantes do povo, o Judiciário deu concretude aos direitos fundamentais, deixando claro que o legislador ordinário pode ser fiscalizado e suas decisões invalidadas em prol da proteção de indivíduos ou minorias.<sup>27</sup>

Na CRFB/88, especialmente no Título II, poder-se-ia extrair que o legislador constituinte preferiu utilizar uma denominação específica, a de *direitos fundamentais*, ao contrário de termos sinônimos como liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos etc. Entretanto, na CRFB/88 podem ser encontradas tais expressões sinônimas, como, por exemplo, em “direitos da pessoa humana” e “direitos e liberdades constitucionais” contidos, respectivamente, no art. 34, VII, ‘b’, e art. 5º, LXXI.

Ainda segundo Dimoulis<sup>28</sup>, há de se atentar para outros fatos. A indicação de se estar diante de um direito fundamental implica a consideração de seu aspecto formal. Ou seja, deve ser analisada a existência de garantia suprema constitucional de sua efetivação.

Além disso, a existência de direitos onerados como cláusulas pétreas (insuscetíveis de modificação) não os torna necessariamente super-fundamentais. A

---

<sup>26</sup> DIMOULIS, et al., p. 54.

<sup>27</sup> DIMOULIS, et al., p. 26.

<sup>28</sup> DIMOULIS, et al., p. 55 - 59.

escolha do constituinte foi pelo aspecto de dogmática de reforma constitucional, e não da dogmática dos direitos fundamentais, que não permitem hierarquia.

Indaga-se acerca da pré-estatalidade dos direitos fundamentais. Dimoulis defende que a admissão de direitos fundamentais pré-estatais, ou direitos naturais, decorre da ideologia constante das primeiras declarações de direitos, e não corresponde à realidade, já que houve e há díspares regimes sociais. A referência a direitos naturais serviria para legitimar o ordenamento jurídico, já que é a positivação a responsável pelo seu resguardo.

Entende a doutrina majoritária, capitaneada por Canotilho, serem pressupostos dos direitos fundamentais o Estado, o indivíduo e a presença de texto normativo regulador entre estes dois<sup>29</sup>.

## 2.1 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam como características: abstração e generalidade, decorrentes de sua baixa densidade normativa; relacionamento com direito constitucional e infraconstitucional (controle de constitucionalidade) e tensão entre economia e política<sup>30</sup>.

Os direitos fundamentais podem ser classificados, ainda, em direitos de status negativo, positivo e ativo, como se verá adiante.

Os de *status negativo* são os que permitem aos indivíduos oferecer resistência à atuação estatal, por meio de ferramentas oferecidas pelo ordenamento jurídico. A sua finalidade é a de proteger a liberdade do indivíduo contra arbitrariedades do Estado. Proclamados nas primeiras declarações do século XVIII, correspondem à concepção liberal clássica de limite à atividade do Estado.

Os direitos de *status positivo*, também chamados de direitos sociais, por outro lado, referem-se àqueles que facultam ao indivíduo exigir atuação do Estado para que melhore suas condições de vida, com vistas a garantir pressupostos materiais necessários ao exercício de suas liberdades. Estas prestações subdividem-se em

---

<sup>29</sup> DIMOULIS, et al., p. 56.

<sup>30</sup> DIMOULIS, et al., p. 60-62

prestações materiais (oferecimento de bens e serviços) e normativas (criação de normas de interesses individuais).<sup>31</sup>

Por fim, os direitos fundamentais de *status ativo* são os que possibilitam uma participação de forma ativa na política estatal, como acontece com os direitos políticos, alguns dentre os quais já previstos nas primeiras declarações, como o direito de pedir contas.

Àquela classificação de direitos fundamentais soma-se a de *direitos coletivos*, subdividida em direitos coletivos tradicionais (direitos de resistência que só podem ser exercidos por um grupo de pessoas, de titularidade pessoal e expressão coletiva) e direitos difusos (direitos de titularidade coletiva ou difusa, a exemplo do direito ao desenvolvimento econômico e à paz).

Carl Schmitt, na obra *Verfassungslehre*, criou uma outra distinção, a de disposições constitucionais, denominadas de garantias de organização, por meio das quais seriam criadas e mantidas instituições protetoras de direitos fundamentais. Elas seriam divididas em *garantias de instituições privadas* (família, casamento, propriedade etc.), que permitem ao indivíduo exigir do Estado sua regulamentação para um efetivo exercício, e em *garantias de instituições públicas* (administração pública, justiça eleitoral, tribunais etc.), os mecanismos estatais imprescindíveis para o exercício de direitos fundamentais.

Ao lado dos direitos fundamentais, há deveres fundamentais. Eles representam uma contrapartida ao pleno exercício de direitos fundamentais, de que são exemplo: efetivação de garantias sociais; deveres específicos (como a indenização por erro judiciário do inciso LXXV do art. 5º da CRFB/88) e tipificação criminal (como a prática de tortura do art. 5º, XLIII, da CRFB/88).

As garantias fundamentais são tidas como disposições que têm como fim a prevenção ou a correção de uma violação de direitos<sup>32</sup>. Elas diferenciam-se em *preventivas*, de que são exemplo os princípios da administração pública que visam a limitar o poder estatal, e *repressivas*, que tem como finalidade o impedimento de lesão a direitos, como o *habeas corpus*.

---

<sup>31</sup> Dele são exemplos o oferecimento de alimentação, educação saúde etc., bem como de serviços monopolizados pelo Estado, como a segurança pública.

<sup>32</sup> DIMOULIS, et al., 2008, p. 80.

## 2.2 Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser diferenciados, ainda, em duas dimensões: subjetiva e objetiva. A *subjetiva* refere-se à função clássica destes tipos de direitos, a saber, a de resistência à intervenção estatal na esfera de liberdade individual, e baseia-se na *Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais*, que concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em sua esfera de direitos. No Brasil, além de voltarem-se aos brasileiros natos e naturalizados, são eles também direcionados aos estrangeiros, em situações peculiares.

Por isso, os direitos subjetivos

são atribuíveis a cidadãos e pessoas jurídicas nacionais, além de o serem relativamente aos estrangeiros, residentes ou não no território brasileiro, em situações peculiares, frente ao Estado no sentido de reconhecer e proteger âmbitos de liberdades ou prestações que devem ser outorgados.<sup>33</sup>

A proibição de omissão do Estado em casos em que há sua obrigação em atuar, como na garantia de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB/88), também dela faz parte, pois não faz discriminação subjetiva.

Já a *dimensão objetiva* refere-se a uma dimensão dos direitos fundamentais que independe dos titulares. São direitos “que não apenas compõem a estrutura básica como também definem e condicionam cada um dos ramos que integram o sistema jurídico”<sup>34</sup>. Ela pode ser vista sob três aspectos<sup>35</sup>: normas de competência negativa (a liberdade que é outorgada ao indivíduo é retirada objetivamente do Estado); critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional (as autoridades estatais devem interpretar e aplicar o direito infraconstitucional de acordo com direitos constitucionais, consoante com o princípio da interpretação conforme a Constituição) e dever estatal de tutela dos direitos fundamentais (derivada da doutrina alemã, entende que, além do Estado, também o particular pode violar prescrição de direitos fundamentais).

São estas características que conferem às normas jusfundamentais uma maior carga de juridicidade, pois geram efeitos além daqueles inerentes aos direitos subjetivos, pois “faz do poder estatal algo de antemão limitado por determinações de

---

<sup>33</sup> DE FREITAS, p. 33.

<sup>34</sup> DE FREITAS, p. 33.

<sup>35</sup> DIMOULIS, et al., p. 116-121.



competências positivas e negativas que (...) delimitam e protegem os direitos fundamentais<sup>36</sup>. Conforme de Freitas<sup>37</sup>, esta dimensão comporta os seguintes derivados:

- a) *ordem objetiva de valores*: derivada da teoria da integração de Smend, representa consenso de fundamento da ordem da comunidade organizada e norteadora de interpretação axiológica dos direitos fundamentais<sup>38</sup>;
- b) *eficácia irradiante*: os direitos fundamentais impulsionam e dirigem a aplicação e interpretação do direito ordinário, por meio de uma interpretação conforme os direitos fundamentais;
- c) *eficácia privada*: o legislador e o julgador devem levar em conta os direitos fundamentais em suas funções;
- d) *dever de proteção*: representa a eficácia vertical dos direitos fundamentais, consoante a qual são impostos aos poderes instituídos a observância de parâmetros de organização e limitação trazidos por aqueles. Dele decorrem as vinculações do poderes públicos negativas (vedação de atuação de afronta aos direitos fundamentais) e positivas (obrigação de vinculação e concretização dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão). No aspecto negativo, há obrigação de intangibilidade do núcleo essencial, mediante sua invocação inclusive contra o Legislativo. Justamente por isso surgiu a Teoria do Núcleo ou Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais, por meio da qual limita-se ao legislador a utilização do princípio da reserva legal quando referentes a tais direitos, pois estariam prejudicados sua proteção e exercício além do razoável;
- e) *garantias institucionais*: proteção constitucional a instituições, bens ou direitos fundamentais providos de caráter institucional, como acontece com a instituição do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII, CF/88) e da língua nacional portuguesa (art. 13, CF/88);
- f) *organização e procedimento*: obrigatoriedade, por parte do Estado, de criação de órgãos e procedimentos aptos a concretizar direitos

---

<sup>36</sup> DE FREITAS, p. 35.

<sup>37</sup> DE FREITAS, p. 34.

<sup>38</sup> O julgamento da ADI 595 pelo STF abarca o conceito de ordem de valores materiais da CRFB/88.

- fundamentais de concretização e exercício condicionados a regulamentação procedimental ou organizatória, como o direito ao asilo;
- g) *controle de constitucionalidade*: por meio do parâmetro dos direitos fundamentais, e
- h) *interpretação do direito ordinário conforme direitos fundamentais*: tal como acontece com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto<sup>39</sup>.

### 2.3 Fundamentos

Em busca do fundamento dos direitos fundamentais, Böckenförde diferencia cinco teorias: liberal, institucional, democrático-funcional, do Estado-social e sociológica<sup>40</sup>.

A *Teoria Liberal*, ou do Estado burguês de direito, vê os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade frente ao Estado e de defesa da esfera de liberdade individual, concebida como pré-estatal, frente aos poderes públicos. Por isso, o Estado deve garantir os direitos fundamentais independentemente se seus fins ou realizações.

A *Teoria Institucional* alarga o conceito de institutos, além dos tradicionais conhecidos, como a autonomia municipal, também aos direitos fundamentais, dado seu caráter de princípio objetivo. Desta forma, admite a sua delimitação conforme interesses.

A *Teoria Democrático-funcional* destaca a função pública e política dos direitos fundamentais, razão pela qual nela destacam-se direito como de liberdade de imprensa, de opinião, associação etc. Portanto, a liberdade é tida como um meio para assegurar o processo democrático de formação de vontade política.

A *Teoria dos Direitos Fundamentais do Estado Social* visualiza a necessidade de aproximação da liberdade jurídica à liberdade real, por meio da criação de pressupostos sociais, pelo Estado, para que seja efetiva a liberdade conferida pelos direitos fundamentais. Ela engloba não somente direitos de defesa, mas também

---

<sup>39</sup> Previsto no art. 28, p. único, da Lei 9.868/99.

<sup>40</sup> STEINMETZ, p. 104.

pretensões sociais. A consequência disto é a inevitabilidade de decisões acerca de prioridade de direitos fundamentais em decorrência da limitação orçamentária, a serem tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, sem controle judicial.

Por fim, a *Teoria Axiológica*, criada por Rudolf Smend, entende que os direitos fundamentais são normas objetivas por decorrerem de um sistema de valores de uma dada comunidade, com base no entendimento de que o Estado é um permanente processo de integração de uma comunidade de valores.

Alexy critica esta divisão de teorias por ele denominadas de unipolares (baseadas numa tese fundamental) em razão de alta abstração com requisitos genéricos. Contrapõe àquela teoria outra, a Teoria Combinada, decorrente de *topoi* extraídos de decisões da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, e propõe a criação de uma teoria, ainda não definida, que seja, segundo ele, mais criteriosa.

### 3 Dignidade Humana

A definição de dignidade humana é tarefa difícil, por ser ela um conceito jurídico indeterminado valorativo, dependente, pois, de concepções socioculturais variáveis com o tempo.

Há múltiplas concepções para o termo. Para o direito natural, ela representa um valor originário do ser humano, inalienável e oponível a todos. De acordo com a *jurisprudência dos conceitos*, deduzem-se valores, o que seria o caso da dignidade humana, a partir de decisões jurisprudenciais, a fim de formar uma pirâmide conceitual. Para a *jurisprudência dos interesses*, baseada em Ihering, permite-se ao juiz maior liberdade de acordo com os casos que lhe sejam apresentados. Para a *jurisprudência dos valores*, por seu turno, a estrutura das normas deve ser integrada com valores supralegais e transcendentais<sup>41</sup>.

Embora seja uma categoria axiológica aberta, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como

Uma qualidade que emerge da natureza mesma do homem. É a dignidade expressa na capacidade de eleger seu próprio ser, que torna o homem condição de toda vida ética, e da vida jurídica

---

<sup>41</sup> TORRES, p. 421.

inclusive. Sendo uma condição intrínseca, irrenunciável e indisponível, a dignidade é atributo de todos os homens e exige que a cada homem, pelo simples fato de ser homem, seja reconhecido o status de pessoa e, em decorrência, a condição de fim em si mesmo, jamais de meio apenas.<sup>42</sup>

Segundo pode-se extrair do pensamento de Kant, na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, a dignidade da pessoa humana representa um princípio moral inerente à natureza humana, que determina o reconhecimento do ser humano como um fim em si mesmo, e nunca como um meio.

Na etapa de pré-compreensão da dignidade da pessoa humana, são úteis os princípios metajurídicos que, de forma geral, estão presentes em constituições modernas. Dividem-se em princípios: *metajurídicos absolutos*, que não admitem exceção (como os princípios da razoabilidade e unidade axiológica), e os *metajurídicos gerais*, que as admitem (tal qual o princípio da imediata aplicação das normas que consagram direitos fundamentais).

A exemplo de Constituições de outros países<sup>43</sup>, por toda a CRFB/88 são encontradas referências à dignidade humana: princípio fundamental da República no art. 1º, III; prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais mantidas pelo Estado, no art. 4º, II; fundamentação do planejamento familiar em princípios da dignidade humana, no art. 226, § 7º e o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar ao idoso, à criança e ao adolescente o respeito à dignidade, nos arts. 230 e 227, respectivamente.

Consoante o art. 60, §4º, da CRFB/88, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”, pois enquadráveis como núcleo forte da constituição, dentro do qual a dignidade da pessoa humana é inserida.

Portanto, diluída por todo o texto da CFRB/88, ela foi explicitamente positivada, pois erigida a cláusula pétrea e a fundamento da República.

---

<sup>42</sup> SILVA, Reinaldo, 2002, p. 188-192.

<sup>43</sup> A Constituição Federal alemã consagra-a, além de princípio fundamental, também como intangível e de respeito e proteção obrigatórios, consoante o art. 1, (1).

#### 4 Princípios, regras e postulados

Mostra-se importante diferenciar princípios e regras, segundo Canotilho, pois possibilita a compreensão da Constituição como um sistema aberto. A interpretação a ser feita representa um ato de decisão que constitui e reconstitui a significação do texto, a partir de significados mínimos de linguagem<sup>44</sup>.

Admitir um sistema exclusivo de regras retiraria sua racionalidade prática, com segurança, mas sem abertura para seu desenvolvimento. Por outro lado, um sistema baseado unicamente em princípios seria falho em segurança jurídica e repleto de complexidade. Além disso, pode-se facilitar o processo de interpretação e aplicação do direito, bem como auxiliar o processo de fundamentação, já que há indicação do que deva ser justificado.

Em seguida serão brevemente descritos diferentes espécies normativas.

*Normas* podem ser definidas como “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”<sup>45</sup>. Disto extrai-se que os dispositivos são objeto de interpretação, ao passo que as normas seu resultado. Vale ressaltar que há casos em que há dispositivo sem norma<sup>46</sup>, dispositivo representante de mais de uma norma<sup>47</sup> ou mesmo vários dispositivos com uma só norma<sup>48</sup>.

No que tange aos *princípios*, conforme Ricardo Guastini, citado por Bonavides<sup>49</sup>, há utilizações terminológicas variáveis conforme o tempo<sup>50</sup>. Embora

---

<sup>44</sup> É útil, neste sentido, a teoria dos jogos de linguagem, de Ludwig Wittgenstein

<sup>45</sup> ÁVILA, p. 30.

<sup>46</sup> A exemplo da evocação da proteção de Deus no preâmbulo constitucional.

<sup>47</sup> A exigência de lei para a instituição de tributos envolve princípios como o da legalidade, tipicidade etc.

<sup>48</sup> Princípios como o da legalidade, irretroatividade e anterioridade, que consagram o princípio da segurança jurídica.

<sup>49</sup> BONAVIDES, p. 257.

<sup>50</sup> A primeira fase, *jusnaturalista*, entende que os princípios habitam abstratamente a normatividade das normas. Estes princípios seriam axiomas jurídicos, normas universais derivadas da lei divina e humana escoradas no princípio da justiça. Autores como Erik Wolf defendem que, apesar de não se saber ao certo nada de seguro do Direito Natural, todos sentem com segurança que ele existe. A fase seguinte é a do *juspositivismo*, desde o século XIX até metade do século XX, decorrente da decadência do Direito Natural, em virtude do advento da Escola Clássica do Direito e da elaboração dos Códigos. Os juspositivistas defendem que os princípios gerais de Direito equivalem aos princípios que informam o Direito Positivo, ao mesmo passo em que lhe servem de fundamento. Há a defesa, inclusive, da indução de princípios a partir das regras particulares do Direito Positivo. O pós-positivismo surge com as Constituições da última metade do século XX, que passaram a aceitar a hegemonia axiológica dos princípios, agora convertidos em base normativa sobre o qual se assentam todos os novos sistemas constitucionais. Teve como grande influência as decisões das Cortes Internacionais de Justiça na época em que o positivismo legalista dominava a doutrina. Isto é verificável pelos artigos 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça, bem como pelo art. 38, 1, 'c', do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Autores desta última fase, como Robert Alexy, compreendem que o fenômeno constitucional está mais

divergentes, referem-se, a maioria, a normas: dotadas de alto grau de generalidade; com alto grau de indeterminação que carecem de concretização, de acordo com o caso concreto; de caráter programático; normas de hierarquia elevada; de função fundamental que designam outras normas, e dirigidas aos órgãos de aplicação<sup>51</sup>.

Eles são normas finalísticas que se destinam a outras normas do sistema, com a função de definir o seu sentido. Em sua eficácia interna direta sobre outras normas (sem interferência de outros princípios), atuam com função integrativa de outros elementos alheios a subprincípios e regras. Sob o enfoque da eficácia interna indireta, exercem funções interpretativas, definitórias e bloqueadoras.

A diferenciação entre princípios e regras pode ser feita sob três critérios<sup>52</sup>:

- a) *hipotético-condicional*: as regras possuem uma hipótese e uma consequência predeterminantes de decisões (aplicadas na forma se, então), ao contrário dos princípios, responsáveis por indicar um fundamento a ser utilizado a fim de encontrar a regra para o caso concreto;
- b) *modo final de aplicação*: regras ou seriam totalmente aplicadas ou não seriam, ao passo que os princípios poderão sofrer aplicação gradual, e
- c) *relacionamento normativo*: regras são passíveis de antinomia entre si, solucionável com a invalidação de uma delas ou criação de uma exceção, diferentemente de princípios, que, em caso de colisão, apenas necessitariam de ponderação a delimitar seu peso no caso concreto.

As regras são, por sua vez, segundo Demouliis,

Normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são

---

atado à consideração de valores e à fundamentação do ordenamento jurídico. A Lei é conjugada ao Direito. Para maiores informações, vide BONAVIDES, p. 265.

<sup>51</sup> Alguns autores merecem ser citados. Para Esser, os princípios são fundamentos para que um mandamento seja encontrado. Para Larenz, normas relevantes por estabelecerem fundamentos normativos para interpretação jurídica sem hipótese de incidência e consequência jurídica. Entende Canaris que os princípios são dotados de conteúdo axiológico, que teriam seu conteúdo concretizado por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Dworkin os define como fundamentos a serem ponderados para tomada de uma decisão. Finalmente, para Alexy eles são normas jurídicas de otimização aplicáveis em diferentes graus.

<sup>52</sup> ÁVILA, p. 39-40.

axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>53</sup>

Elas podem dividir-se, consoante Canotilho, em regras *organizatórias* e *materiais*. As primeiras repartem-se em de: competência (reconhecimento de atribuições ou competência a determinados órgãos constitucionais); criação de órgãos e procedimento (elemento de formação da vontade política e exercício de competências constitucionais)<sup>54</sup>.

Já as *materiais* podem ser regras de: direitos fundamentais (reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais); garantias institucionais (proteção de instituições, como a autonomia universitária); determinadoras de fins e tarefas do Estado (fixadoras de fins e tarefas prioritárias do Estado) e impositivas (fixadoras de tarefas e diretivas materiais ao Estado)<sup>55</sup>. Extrai-se que as regras também têm relação direta com os direitos fundamentais.

Por último, *postulados normativos aplicativos* são

normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau<sup>56</sup>.

Diferenciam-se eles das regras e dos princípios porque os postulados orientam a aplicação destes (situados num nível inferior). Além disso, os postulados são direcionados a intérpretes e aplicadores do direito. Por seu turno, as regras e os princípios direcionam-se primeiramente ao Poder Público e aos contribuintes. De forma derradeira, é possível conflitos entre princípios e regras, o que não acontece com os postulados, situados num metanível, segundo Dimoulis<sup>57</sup>.

Os postulados diferenciam-se entre os *específicos* e os *inespecíficos*. Estes (também chamados de postulados normativos eminentemente formais<sup>58</sup>) não exigem elementos e critérios de sopesamento. Subdividem-se em ponderação (método diferenciador de elementos que se entrelaçam, como bens jurídicos, interesses e

<sup>53</sup> DIMOULIS, et al., p. 78.

<sup>54</sup> CANOTILHO, p. 1132.

<sup>55</sup> CANOTILHO, p. 1134.

<sup>56</sup> ÁVILA, p. 122.

<sup>57</sup> DIMOULIS, et al., p. 79.

<sup>58</sup> Há casos em que uma medida adotada pelo poder Público pode ser considerada proporcional sem análise do núcleo essencial de um direito fundamental.

valores, sem sua análise material), concordância prática (busca da realização máxima de valores aparentemente total ou parcialmente contrários) e proibição do excesso (proibição excessiva de qualquer direito fundamental).

Já os *postulados específicos* são aqueles com dependência a determinados elementos e pautada por determinados critérios, concernentes a igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, adiante explanados.

O *postulado da igualdade* serve para estruturar a aplicação do direito em função de elementos e da relação entre eles. Sob o enfoque de regra, tem como escopo a proibição de tratamento discriminatório. Já como princípio, volta-se a um fim a ser promovido. Como postulado, faz-se necessária a adoção de um critério diferenciador, de forma que haja uma relevância material e uma finalidade. Cada fim exige a aplicação de critérios diferentes. Podem ser citados como exemplo os critérios de diferenciação por sexo, capacidade econômica e idade.

O *postulado da razoabilidade* é tomado em múltiplas acepções, com o aspecto comum de análise do critério distintivo e a medida utilizada, sem analisar os meios e os fins. A primeira compreende-a como uma diretriz entre normas gerais e individualidades do caso concreto. Deve ser analisada a realidade, cuja ignorância pode gerar restrição de princípios constitucionais. Há casos, além disso, em que o caso individual se sobrepõe à norma geral, por ser anormal. Serve, portanto, a razoabilidade em auxílio à interpretação em decorrência do princípio de justiça, contido no art. 3º da CRFB/88.

Outra acepção analisa a razoabilidade como diretriz vinculante de normas jurídicas com o mundo a que fazem referência. Mister, para tanto, um suporte empírico existente, especialmente em casos em que se torna-se incabível a aplicação de uma determinada norma por questões de contexto sócio-econômico. Imperioso, outrossim, a co-relação entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada.

Por derradeiro, ela também é tida como diretriz entre a relação de equivalência entre duas grandezas. O critério que dimensiona a medida não pode ser desproporcional. Com base neste argumento são recorrentes julgados de trancamento de ação penal baseados no princípio da insignificância.



O *postulado da proporcionalidade*<sup>59</sup> aplica-se a situações em que haja relação de causalidade entre elementos empiricamente diferenciados, em razão da necessidade de averiguação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ela envolve a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e exige que os poderes Legislativo e Executivo escolham, para a consecução de seus fins, os meios que se adaptem aos critérios abaixo.

A adequação envolve uma relação entre o meio mais eficaz para a promoção de um determinado fim buscado, quer por meios quantitativos (promoção menos, igual ou maior do fim do que outros meios), quer qualitativos (promoção menos, igual ou mais certa do fim do que outros meios). É recomendada a adoção dos critérios de abstração/concretude<sup>60</sup>, generalidade/particularidade<sup>61</sup> e antecedência/posterioridade para tanto<sup>62</sup>.

A necessidade volta-se à seleção do meio que, dentre todos, promova igualmente o fim sem que haja restrição tão intensa quanto outras dos direitos fundamentais – em comparação com o meio escolhido pelo Poder Legislativo ou Executivo. Portanto, faz-se necessário o exame da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo.

A proporcionalidade em sentido estrito pondera a importância entre a realização do fim, de um lado, e a intensidade da restrição a direitos fundamentais, de outro. Envolve complexidade, dada a subjetividade presente na análise.

Como todas estas espécies normativas tratam de direitos humanos, é necessário estudar o que fazer em caso de conflito princípios e regras. De forma geral prevalecem os primeiros. Segundo Ávila<sup>63</sup>, em caso de divergência de nível hierárquico, prevalecem as normas de nível superior (como as constitucionais), bem como que, em caso de igualdade hierárquica, prevalecem, de maneira inovadora, as regras, e não os princípios. Só que mesmo assim, é ressalvada a prevalência do

---

<sup>59</sup> Diferencia-se ele com a justa proporção, já eu esta não leva em conta a existência de uma medida restritiva decorrente da medida adotada com vistas a um fim externo, e sim uma realização proporcional de bens em uma situação jurídica.

<sup>60</sup> Exige-se a adoção da medida abstratamente mais adequada para a promoção do fim.

<sup>61</sup> Requer-se a tomada da medida que de forma geral promova o fim.

<sup>62</sup> Seleciona-se a medida mais adequada no momento em que foi adotada, tendo em vista a avaliação e projeção da promoção do fim buscado.

<sup>63</sup> ÁVILA, p. 107.

princípio da dignidade humana sobre quaisquer regras constitucionais que disponham em sentido contrário, o que demonstra sua primazia. São exemplos a ADI nº 815 e o HC nº 79.512-9, do STF.

#### 4.1 Definição e evolução da juridicidade de Princípios

A constitucionalização de princípios passou pela *fase programática*, em que a normatividade constitucional daqueles é mínima, com aplicabilidade diferida, e pela *fase não-programática*, fase em que há aplicação máxima direta e imediata daqueles.

Os princípios que fundamentam o sistema jurídico, também conhecidos como normas primárias, são a expressão imediata da vontade do corpo social, segundo Quadri, citado por Bonavides<sup>64</sup>, e têm relação imediata com a autoridade que está na base do sistema. A antiga dualidade entre princípios e normas inexistente segundo Alexy, para quem regras e princípios são gêneros de normas, que diferem apenas quanto a sua generalidade e qualidade<sup>65</sup>. Para ele, os princípios seriam regras de otimização de alta generalidade que, em caso de colisão, apenas momentaneamente sobrepõem-se, baseada na dimensão da eficácia. Já as regras referem-se a estipulações fáticas e jurídicas que, em caso de conflito, dão ensejo à invalidade de uma delas, baseada na dimensão da validade.

Os princípios também podem ter distintas dimensões segundo o jurista F. de Castro<sup>66</sup>: *fundamentadora*, por serem a pedra de toque das Constituições; *orientadora*, por orientar a interpretação, e a *de fonte*, em caso de insuficiência de leis e costumes. Já para Bobbio, eles congregam as funções interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa<sup>67</sup>.

Atualmente, entende a maior parte da doutrina que os princípios são normas, assim como as regras. O jurista Grabitz eleva o princípio normativo às normas jurídicas, incluindo-o no Direito Positivo. Ele reparte, outrossim, os princípios entre aqueles que assumem o caráter de idéias jurídicas norteadoras, chamados por ele

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, p. 275.

<sup>65</sup> ALEXY, p. 130.

<sup>66</sup> BONAVIDES, p. 284.

<sup>67</sup> BONAVIDES, p. 284.

de princípios abertos, e outros que representem normas jurídicas de aplicação imediata, os princípios normativos<sup>68</sup>.

Explicita Canotilho as funções normogênicas e sistêmicas dos princípios, em virtude de serem o fundamento de regras jurídicas e deterem idoneidade irradiante integradora de todo o sistema constitucional<sup>69</sup>.

Ainda segundo o autor luso, os princípios constitucionais são divididos em *princípios político-constitucionais* e *princípios jurídico-constitucionais*. Os primeiros seriam normas princípios surgidas em decorrência de decisões políticas fundamentais. Elas manifestam-se em princípios constitucionais fundamentais, positivados através de normas-princípios, que nada mais são do que opções fundamentais tomadas conformadoras da Constituição. Por seu turno, o segundo tipo é informador da ordem jurídica nacional e decorre de desdobramentos dos fundamentos, tal como o princípio da supremacia da Constituição, do qual emana o princípio da legalidade<sup>70</sup>.

Na Constituição de 1988 podem ser discriminados vários tipos de princípios, segundo José Afonso da Silva. São eles: princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado (arts. 1º e 2º); princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes (arts. 1º e 2º); princípios relativos à forma de governo da sociedade (art. 3º, I); princípios relativos ao regime político (art. 1º, parágrafo único) e princípios relativos à comunidade internacional (art. 4º).

## 5 Garantias constitucionais

A doutrina diferencia as garantias em garantias da Constituição, em acepção *lata*, e *garantias dos direitos subjetivos*, que podem ser expressos ou outorgados na Carta Magna. Na primeira, adotada principalmente por constitucionalistas italianos, as garantias têm a função de proteger a ordem constitucional contra fatores de desestabilização. Já por meio da segunda, adotada por publicistas latino-americanos, há a possibilidade de proteção direta e imediata a direitos fundamentais

---

<sup>68</sup> BONAVIDES, p. 272.

<sup>69</sup> CANOTILHO, p. 1127.

<sup>70</sup> DA SILVA, José, p. 93.

por meio de remédios constitucionais específicos e eficientes, tema desta trabalho, previstos pela própria Constituição<sup>71</sup>.

A *garantia constitucional de direitos fundamentais* também serve para resguardar o funcionamento das instituições existentes no Estado. Desenvolvida por juristas da República de Weimer, como Martin Wolff e Carl Schmitt, prevê o reconhecimento de resguardo do conteúdo de determinadas instituições. A diferenciação entre os direitos fundamentais das garantias institucionais é defendida por Pontes de Miranda e Gomes Canotilho, autor que observa diferentes objetos em cada uma delas<sup>72</sup>.

Bonavides diferencia, ainda, as garantias em qualificadas (ou de primeiro grau), e simples (ou de segundo grau)<sup>73</sup>, e observa que estes dois tipos existem, no Brasil, desde a Constituição de mil oitocentos e noventa e um. As de primeiro grau são as que proíbem reformas constitucionais do legislador constituinte e originário, tendentes a alterar cláusulas protegidas por intangibilidade. São exemplos delas as previstas no art. 60, 4º da CRFB/88. As garantias de segundo grau são as previstas contra a ação do legislador ordinário.

José Afonso também diferencia os princípios constitucionais fundamentais, normas fundamentais que são a expressão de valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, dos princípios gerais de Direito Constitucional, que são conceitos gerais extraídos da teoria geral do Direito Constitucional<sup>74</sup>.

## **6 Limites e restrições dos direitos fundamentais**

Via de regra, como se verá ao longo deste trabalho, os direitos não são absolutos. Por isso, faz-se necessário o estudo de sua restringibilidade. Antes disso, cabe uma observação:

Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito constituição se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional,

---

<sup>71</sup> BONAVIDES, p. 533.

<sup>72</sup> BONAVIDES, p. 543.

<sup>73</sup> BONAVIDES, p. 550.

<sup>74</sup> DA SILVA, José, p. 95.

ela até pode ter natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição.<sup>75</sup>

Limites são, como indica o nome, reduções contidas na própria norma. Já restrições são delimitações de conteúdo de norma constitucional por meio de norma ordinária ou constitucional contemporânea.

Há duas teorias relevantes para o estudo de limitação dos direitos fundamentais, a interna e a externa. A *Teoria Interna* pressupõe a não-limitação daqueles direitos porque os entende desde já definidos, com conteúdo delimitado, de maneira que qualquer posição jurídica que exceda o conteúdo é considerada inexistente. Já a *Teoria Externa* entende que os direitos fundamentais são restringíveis por normas infralegais<sup>76</sup>.

Ainda consoante a *Teoria Interna* inexistiriam colisões e ponderações de bens e valores, já que os direitos fundamentais concebidos sem reserva legal não possuem outras limitações que não as extraídas de seu próprio conteúdo. Por isso,

para além das fronteiras já não há mais que se cogitar de proteção da norma jusfundamental porque aí inexistente direito fundamental, enquanto no seu interior, isto é, na parte interna do âmbito de proteção da norma demarcado pela sua imanência, qualquer intervenção legislativa corresponde à violação inaceitável do direito fundamental.<sup>77</sup>

Canotilho<sup>78</sup> sugere que para tanto seja identificado o âmbito da norma jusfundamental, a fim de que sejam identificadas as situações de fato protegidas (limites de conteúdo) e a extensão destas limitações (limites jurídicos). Em seguida, analisa-se se há restrição direta constitucional, indireta (limites imanentes) ou previsão de restrição infraconstitucional<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> ALEXY, p. 281.

<sup>76</sup> DE FREITAS, p. 79.

<sup>77</sup> DE FREITAS, p. 79.

<sup>78</sup> DE FREITAS, p. 77.

<sup>79</sup> Daí surge a diferenciação entre limites, extraídos da própria Constituição, e restrições, derivadas de permissão constitucional para que leis infraconstitucional regulamentem.

Há duas teorias restritas do pressuposto de fato que condizem com a teoria interna. A *Teoria do Alcance Objetivo*, de Friedrich Müller, entende a irrestringibilidade de quaisquer direitos. Já a *Teoria da Generalidade Material*, de Peter Häberle, compreende que são dotadas de prevalência ou prioridade as situações tratadas por leis gerais.

Conforme visto, de acordo com a *Teoria Interna*, em decorrência do entendimento de que limites fazem parte da própria norma e devem ser extraídos de concretizações, deve haver a conformação do conteúdo da leis com bens e valores constitucionais .

As limitações aos direitos fundamentais são permitidas pela *Teoria dos Limites Imanentes* apenas em caráter excepcional, nas seguintes hipóteses:

- a) *cláusula de comunidade*: os direitos só podem ser invocados se não puserem em risco bens necessários à existência de uma dada comunidade, como a saúde pública, a administração da justiça, entre outros;
- b) *direitos tutelados por outros sujeitos*: decorrente do princípio da igual dignidade de todos, determina que pode haver limitação de direitos quando confrontantes com o direito de outros<sup>80</sup>;
- c) *leis gerais*: as leis que garantissem bens ou valores gerais da sociedade deveriam prevalecer, de acordo com interpretação conjunta também com leis ordinárias de previsão de delimitação destes direitos. Disto decorre que o que está proibido pelas leis gerais deve ser excluído de proteção; as proibições das leis gerais devem ser limites dos direitos fundamentais e estes limites devem ser considerados implicitamente autorizados pela Constituição. A teoria do efeito recíproco foi criada para proibir que toda e qualquer limitação fosse possível, desde que prevista legalmente. Por isso, prevê ela que a limitação pode sofrer restrição pelo próprio direito que limita;
- d) *ordem pública*: tida por Hely Lopes Meireles como “mecanismo de frenagem de que dispõe a administração pública para conter os abusos do

---

<sup>80</sup> Dela é exemplo o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

direito individual<sup>81</sup>, permite a supressão dos direitos fundamentais, desde que de forma urgente e necessária, sempre pautado pela subsidiariedade do princípio da legalidade e pelas regras básicas fixadas pela Constituição;

- e) *abuso de direito*: a ultrapassagem de atuações jurídicas gera sua disfunção, o que pode possibilitar a sua limitação<sup>82</sup>, e
- f) *relações especiais de sujeição*: destinadas a pessoas submetidas a uma relação especial de poder, seja voluntária ou legal, como no caso de militares, que não têm direito a habeas corpus referentes a obrigações militares, conforme o art. 142, §2º, CF/88.

### 6.1 Irrestringibilidade de direitos fundamentais

Em termos gerais, cada direito fundamental detém um pouco de dignidade humana, em variados graus. Por isso foram desenvolvidas as doutrinas da *Teoria Interna* e Externa dos direitos fundamentais, como fim de perquirir a possibilidade de limitação ou restrição destes direitos. Todavia, há casos em que há inegável referência quase direta àquele valor, como é o caso de impossibilidade de submissão a tratamento desumano ou degradante. Bobbio<sup>83</sup> pensa da mesma forma, pois para ele os direitos fundamentais podem ser divididos quanto à eficácia, pois uns admitiriam restrições, e outros não, pois seriam aplicáveis sempre.

O autor lusitano Vieira da Andrade diferencia<sup>84</sup> também os direitos fundamentais quanto a irrestringibilidade abstrata e restringibilidade concreta. Em casos de inexistência de reserva legal de direitos, há sua irrestringibilidade abstrata com relação às normas gerais aclaradoras de seu conteúdo.

Como bem observa de Freitas<sup>85</sup>, o próprio ordenamento brasileiro, além de constitucionalmente vedar penas cruéis (CRFB/88, art. 5º, XLVII, 'e'), também pune, conforme o inciso II do art. 1º da Lei 9.455/97, o ato de "submeter alguém, sob sua

---

<sup>81</sup> DE FREITAS, p. 101.

<sup>82</sup> No HC 822424/RS, entendeu o STF que gera abuso de direito a liberdade de expressão concernente a apologia de idéias discriminatórias contra judeus, por incitarem o racismo.

<sup>83</sup> BOBBIO, p. 20.

<sup>84</sup> DE FREITAS, p. 178.

<sup>85</sup> DE FREITAS, p. 179.

guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”.

## 6.2 Controle do Judiciário

Em razão da independência entre os Poderes, é perfeitamente cabível o controle de uns sobre os outros, dado o caráter democrático do regime político. Desta Maneira, ao Judiciário, enfoque deste estudo, cabe o controle de atos dos outros poderes que possam atentar contra direitos fundamentais e finalidades estatais.

Para que aconteça este tipo de controle, devem ser sopesadas:

(1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais)<sup>86</sup>.

Desta feita, quando a premissa utilizada pelo legislador for errônea, maior deve ser o controle do Judiciário.

Deve-se prestar atenção a elementos que desfavorecem tanto o controle quanto a justificação a direitos fundamentais, quando for “(1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição”<sup>87</sup>.

Cabe ressaltar que sempre deverá haver uma verificação pelo Poder Judiciário acerca de: avaliação objetiva e sustentável dos materiais fático e técnico disponíveis; esgotamento de fontes de conhecimento de previsão de efeitos da regra de modo mais seguro possível e orientação pelo estágio atual do conhecimento e da

---

<sup>86</sup> ÁVILA, p. 174.

<sup>87</sup> ÁVILA, p. 175.



experiência. Caso presentes estes elementos, torna-se justificável a medida adotada pelo Poder Legislativo.

Visto o tema deste trabalho sob o aspecto teórico-constitucional, no próximo capítulo serão focados aspectos penais e criminológicos relevantes ao estudo da castração química.

## CAPÍTULO II: Aspectos penais e criminológicos relevantes

### 1 Surgimento do Direito Penal

Em agrupamentos humanos primitivos não cabe assegurar com precisão a existência de um Direito Penal como conjunto uniforme de normas punitivas, em razão da mistura dos vários tipos de punições com aspectos religiosos, e da impossibilidade de fixar os períodos em que ocorreram. Entretanto, merece acolhida a classificação meramente didática realizada por Noronha<sup>88</sup> e Mirabete, em fases de vingança privada, divina e pública.

Na época da *vingança divina*, do homem primitivo, a pena tinha caráter expiatório, de maneira que havia punição a infratores com o escopo de purgar o grupo social das impurezas do crime e atenuar os males aos deuses<sup>89</sup>. Estas punições, denominadas infrações totêmicas, geralmente relacionadas a ofensas a alguma divindade, na maior parte das vezes implicavam o oferecimento da vida do infrator aos deuses.

Esta fase foi marcada por miscigenação entre direito e religião. Cabia aos sacerdotes a aplicação de severa punição aos infratores, com fim intimidatório. O Código de Manu (Índia) é marcado por este tipo de penas, seguido pelos Cinco Livros (Egito), Livro das Cinco Penas (China), Avesta (Pérsia) e Pentateuco (povo de Israel).

Na fase de *vingança penal privada*<sup>90</sup>, reflexo do crescimento e da maior organização dos grupos sociais, via-se o crime como ofensa à coletividade. Por isso a resposta a ele era feita pelo próprio grupo social, que repelia não somente o agressor, mas também, por vezes, a coletividade. Havia, para os membros da tribo, a pena de exclusão, e, para os de fora, verdadeira vingança, que envolvia, não raro, a morte do infrator.

Surgiu, nesta etapa, o talião, um tipo de retaliação à ofensa causada na sua exata medida. Ou seja, o mal causado era retribuído da mesma forma, o que

---

<sup>88</sup> NORONHA, p. 23.

<sup>89</sup> MIRABETE, p. 35.

<sup>90</sup> MIRABETE, p. 36.

representa uma incipiente manifestação do atual princípio da proporcionalidade, como aconteceu com o Código de Hamurabi<sup>91</sup>, o Pentateuco e o Código de Manu.

Na etapa da *vingança pública*<sup>92</sup>, com a maior estabilidade trazida pela criação do Estado, as penas eram criadas com o intuito de proteger o príncipe, ou soberano, por meio de imposição de penas cruéis. As Leis das XII Tábuas são marca deste período. Com o tempo, o caráter religioso da pena foi abandonado.

Desde as cominações de pena previstas pelos direitos hebreu, romano, germânico, canônico e medieval, havia uma exarcebação do caráter intimidatório do direito. Na Idade Média, por exemplo, havia as penas de tortura, açoite, mutilação e infamantes, que variavam conforme a posição social do infrator. Na Alta Idade Média, por outro lado, inexistia um sistema formalizado de punição estatal dentro dos feudos, o que caracterizava sua irrestringibilidade. Entre os iguais em status e bens, geralmente era cominada pena pecuniária.

A partir do século XVI surgiram Casas de Correção, cuja missão era limpar as cidades de pessoas ociosas, ao mesmo tempo em que concentravam indivíduos para atenuar a crescente carência de mão-de-obra. A primeira delas, denominada Bridewell, foi provavelmente criada em Londres, em mil quinhentos e cinquenta e cinco. A partir de então, irradiada por todo o país e, em seguida, pela Europa, como os *Hôpitaux généraux*, na França.

Na Alemanha, em decorrência de forte controle sobre a administração da justiça pelos príncipes e pelo exercício da prática judicial, em faculdades de Direito, houve um lento, porém maior, desenvolvimento do Direito Penal para a época. O *Allgemeines preussische Landrecht*, de mil setecentos e noventa e quatro, influenciou a prática penal na época de Frederico II, já havia sido introduzido o princípio da proporcionalidade e limitada a pena de morte.

Somente com o advento do Iluminismo, e o denominado Período Humanitário do Direito Penal<sup>93</sup>, houve a reforma das leis e da administração da justiça. Cesar Beccaria no livro *Dos delitos e das penas*, marcado por influência de Rousseau e Montesquieu, pregou a reforma das leis penais com base na justiça penal.

---

<sup>91</sup> Em seu art. XX, ele previa que ricos e pobres fossem julgados de maneiras díspares. Maior severidade deveria ser destinada àqueles que dispusessem de maiores condições de alcançar bens materiais e culturais, os ricos.

<sup>92</sup> MIRABETE, p. 36.

<sup>93</sup> MIRABETE, p. 38.

Exteriorizou vários princípios, como o da impossibilidade de fixação de determinados tipos de pena que não correspondessem à cessão de liberdades e direitos feita pelos cidadãos (inspiração contratualista de Rousseau), como na pena de morte; imprescindibilidade de prova de existência do crime e de sua autoria para a decretação de prisão preventiva, bem como a necessidade de utilização da pena para reabilitação do infrator e proibição da pena de confisco.

## 2 Conceito de Direito Penal

O Direito Penal pode apresentar várias concepções. Antes é necessária uma classificação, mesmo que superficial, do Direito. De forma perfunctória, ele serve para possibilitar a manutenção de condições indispensáveis para a vida em sociedade<sup>94</sup>. Quaisquer fatos que contrariem a norma de direito geram um ilícito jurídico, que pode dar ensejo a diferentes punições, de caráter administrativo, civil, penal, entre outros. O Direito Penal representa um dos meios de reação a um ilícito jurídico.

Quando as sanções civis não são suficientes para a coibição de determinados tipos de comportamento, torna-se necessária uma punição mais severa. O Estado constituído, então, põe em prática um arsenal punitivo, amparado pela lei, às pessoas que infrigem-nas.

Entende Aníbal Bruno que no Direito Penal

(...) se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada<sup>95</sup>.

Segundo Welzel, citado por Toledo<sup>96</sup>, o Direito Penal é uma parte do ordenamento jurídico que define o fato-crime, determina o responsável pelo seu cometimento, e, finalmente, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas. Em seu sentido de sinônimo de ciência penal, pode ser definido como um

---

<sup>94</sup> MIRABETE, p. 22.

<sup>95</sup> BRUNO, p. 11.

<sup>96</sup> TOLEDO, p. 1.

conjunto de conhecimentos e princípios que possibilita a elucidação do conteúdo de normas penais e institutos a elas agrupados.

Uma interessante definição é feita por José Frederico Marques, em referência de Mirabete, segundo o qual o Direito Penal é

o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado<sup>97</sup>.

Ele caracteriza-se pelo elemento fragmentário, que deriva de seu enfoque, pois volta-se para atos que possam ferir bens jurídicos considerados mais relevantes para a manutenção e o progresso do ser humano em sociedade. Em decorrência dele, percebe-se que cabe às outras esferas, outrossim, a tarefa de evitar e combater condutas contrárias ao direito. Na luta preventiva contra o crime devem estar envolvidos todos os setores da vida comunitária, como a família, a escola, os órgãos assistenciais, entre outros.

Dada a sua fragmentariedade, há dupla limitação. A primeira é a da *subsidiariedade de proteção a seus bens jurídicos*, razão pela qual atua ele como *ultima ratio*. A segunda é o *condicionamento de sua intervenção a lesões de gravidade real ou potencial*. Desta forma, se nem todos os fatos ilícitos são importantes para o direito penal, por outro lado, os fatos a que ele dá importância devem ser tidos todos como ilícitos.

É importante ressaltar que, embora ligado à ciência do Direito, o ordenamento jurídico apresenta um fundo ético, que não deve confundir-se com acepções religiosas, como na hipótese de definição de heresia como crime. A separação total entre direito e moral permitiu teorias de profilaxia e defesa social sem quaisquer limites. Bettiol faz parte desta corrente<sup>98</sup>. Segundo Zaffaroni<sup>99</sup>, esta função ética advém do objetivo de evitar o cometimento de crimes que afetem de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

---

<sup>97</sup> MIRABETE, p. 3.

<sup>98</sup> TOLEDO, p. 10.

<sup>99</sup> ZAFFARONI, p. 87-89.

A prova de conceitos éticos presentes do direito penal está na interpretação de conceitos como culpabilidade, ação injusta, entre outros. A configuração do tipo estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal Brasileiro, com a existência de induzimento a erro mediante ardil, é exemplo disto. Um ordenamento jurídico penal em contradição com a moral teria sua eficácia anulada

O Direito Penal tem também a função *preventiva*, referente à possibilidade de evitar crimes com base na determinação de harmonização da conduta com seus preceitos. Somente em caso de fracasso desta etapa chega-se à próxima, com a aplicação da sanção. Por isso cabe falar em prevenção geral e especial.

O bem jurídico, objeto de proteção do direito penal, segundo Welzel<sup>100</sup>, é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido. Ele pode apresentar-se de diversas formas, como objeto psicofísico (honra), situação real (inviolabilidade do domicílio) ou mesmo uma relação jurídica (lealdade dos funcionários públicos, protegidos contra corrupções). Ainda: nem todos os riscos inerentes à relação humana são protegidos, mas apenas aqueles que configurem relevantes leões, reais ou potenciais. Do contrário, poder-se-ia chegar à punição por mera condição do infrator, explicitadas em modos de ser.

Além da ofensa real ou potencial a um bem jurídico relevante, para a caracterização do ilícito penal é necessária a soma de outras circunstâncias, como antijuridicidade e culpabilidade.

Winfried Hassamer diferencia três etapas por que passou o Direito Penal até seu estágio atual, desde o Direito Penal Clássico, a passar pelo Moderno Direito Penal e chegar nas inovações do Direito Penal<sup>101</sup>.

O *Direito Penal Clássico* representa um ideal decorrente da tradição filosófica iluminista. Por meio dele deixaram-se de lado questões referentes ao Direito Natural, como a indagação acerca da fonte das ordens e proibições jurídico-penais. Sob os pilares da uniformidade e da renúncia à liberdade fundou-se o contratualismo. Segundo esta teoria, só lesões às liberdades asseguradas pelo contrato social seriam puníveis; absolutismo dos limites a renúncias à liberdade contratual e limitação do próprio poder do Estado em prol dos direitos dos cidadãos.

---

<sup>100</sup> Citado por TOLEDO, p. 13.

<sup>101</sup> HASSEMER, p. 58.

Marcam o *Moderno Direito Penal* a proteção de bens jurídicos, a prevenção e a orientação pelas consequências. A proteção de bens jurídicos incentiva o legislador a tipificar modos de conduta com uma pena, o que muda o critério negativo de criminalização em positivo, e transforma uma forma limitada de punição em ordem de punição.

A prevenção, antes um fim paralelo da justiça penal, caracteriza-se em paradigma penal dominante que permite a aceitação de aumento de cominações penais, expansão dos meios de coação na instrução penal, penas patrimoniais novas, sobretudo em crimes como o de terrorismo e criminalidade organizada.

A orientação pelas consequências, se antes era um critério complementar da legislação adequada, doravante demonstra-se um fim predominante que desloca a igualdade e a retribuição do injusto para a margem da política criminal. A transformação do Direito Penal como *sola* ou *prima ratio* evidenciam esta faceta.

O *Moderno Direito Penal acrescido de inovações* adiciona algumas características ao Direito Penal Clássico, a saber, os setores, os instrumentos, as funções, os problemas e os custos. Aos setores de tipificação penal tem sido conferida prevalência, ao invés da parte geral ou da execução, o que lhe retira uma bagagem democrática. Os instrumentos priorizados são as instituições da sociedade e do Estado, e não os indivíduos, de forma que atualmente não há discriminação a bens jurídicos específicos, e sim universais, o que favorece o recrudescimento de punição a crimes de perigo abstrato<sup>102</sup>. O aumento das funções gera um enfraquecimento do Direito Penal Nuclear, e favorece sua utilização como instrumento de defesa de política interna, de maneira que “de agora em diante, também no Direito Penal não se trata mais de dar uma resposta apropriada ao passado, mas da dominação do futuro”<sup>103</sup>. Os problemas decorrentes de todo o exposto são o perigo de deficiência da execução do Direito Penal, bem como enfraquecimento de suas funções simbólicas<sup>104</sup>. Finalmente, os custos são de redução dos pressupostos de punição e, por conseguinte, de defesa.

---

<sup>102</sup> Nestes tipos de crime, em decorrência da desnecessidade de prova de dano, é favorecida a instrução criminal, e desfavorecidas as possibilidades de defesa.

<sup>103</sup> HASSEMER, p. 61.

<sup>104</sup> Estes déficits de execução acabam por favorecer a acentuação e radicalização dos mesmos instrumentos ineficazes.

## 2.1 Função do Direito Penal

O questionamento acerca da função do Direito Penal pode ser feito sob um ponto de vista sociológico (atento à realidade social), programático-normativo (referente ao Direito Penal positivo) ou filosófico. Por envolver a intervenção estatal no Direito Penal a pena e a medida de segurança, necessário se faz seu estudo sob os prismas das Teses da Retribuição, Prevenção e a combinação das duas.

A concepção mais tradicional da pena via-a como meio de retribuir o mal causado por um delito, e tinha fundamento no fato de merecimento de punição deste mal, sob enfoques religiosos<sup>105</sup>, éticos<sup>106</sup> e jurídicos.

Uma das fundamentações jurídicas mais relevantes é a de Hegel<sup>107</sup>, para quem a vontade geral deveria ser restabelecida após o predomínio da vontade especial do delinqüente. Estas teorias supraexpostas, por entenderem necessária a aplicação da pena somente com o fim de realização da Justiça, sem utilidade social, são denominadas de *Teorias Absolutas*. Elas, em razão da ausência de fins sociais e da percepção de inadequação de busca estatal de realização da Justiça relacionada a aspectos moais ou religiosos, não foram seguidas nem pela ciência criminal nem pelas legislações penais.

As *Teorias da Prevenção* atribuem às penas o caráter de prevenir delitos em nome de interesses sociais, com visão utilitarista. São denominadas também de teorias relativas, pois dependentes de necessidades de prevenção, reconhecidamente relativas e circunstanciais.

A prevenção geral pode ser geral ou especial. A *geral* refere-se à prevenção perante a coletividade, conforme sentido atribuído por Feuerbach<sup>108</sup>, para quem a previsão legal de pena abstratamente exerce caráter de coação psicológica.

A esta intimidação negativa, realizada pela prevenção, acrescentam alguns autores a afirmação positiva do Direito Penal, como convicções jurídicas fundamentais, consciência social da norma ou de uma atitude de respeito pelo Direito. Esta prevenção geral positiva serve para informar o que é proibido e o que

---

<sup>105</sup> Deve-se ao cristianismo, que co-ligava a exigência religiosa de Justiça divina com a função retributiva da pena.

<sup>106</sup> Criada por Kant, que entendia que o homem, por ser um fim em si mesmo, a pena justifica-se por ser um imperativo categórico de Justiça – e não instrumento da sociedade.

<sup>107</sup> Explicitada no livro *Princípios da Filosofia do Direito*.

<sup>108</sup> Na obra *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*.



se deve fazer; reforçar a confiança no ordenamento e fortalecer uma atitude de respeito pelo Direito.

Ao contrário da prevenção geral, dirigida à comunidade, a *prevenção especial* dirige-se ao indivíduo, no momento da imposição e execução da pena. Embora não se possa precisar seu surgimento, ela desenvolveu-se no final do século XIX, como no Correicionismo espanhol, na Escola Positivista italiana e na Direção moderna alemã de Von Liszt<sup>109</sup>. Esta última teoria teve grande repercussão, e baseava-se na intimidação, ressocialização e inocuização, que variariam a depender do tipo de criminoso<sup>110</sup>. As dificuldades teóricas e práticas em diferenciar a eficácia da ressocialização e sua co-relação com os tipos de delinqüentes são críticas feitas a esta doutrina<sup>111</sup>.

Há também uma corrente, ramificada, que mescla e atribui à pena a função de *retribuição e prevenção*. O que varia em suas subespécies é a preponderância de cada uma delas. Para uma delas, a proteção da sociedade deve basear-se na retribuição justa e na determinação da pena, com papel complementar apenas da prevenção, com relação à retribuição. Já para outra, a função da pena é a de defender a sociedade e seus bens jurídicos, de forma que a retribuição atua apenas como limite àquela prevenção.

Relevante é a *Teoria da Diferenciação*, de Schmidhäuser<sup>112</sup>, que atribui à pena diferentes pontos de vista, a depender do momento, desde a previsão legal até sua aplicação. A pena, em geral, tem a função de resguardo da sociedade, na medida em que desestimula delitos<sup>113</sup>. Depois disso, ela passaria a assumir uma feição especial para cada sujeito. Ao legislador ela serve para defesa da coletividade; aos órgãos de persecução, a de esclarecimento do delito e de colocação do delinqüente à disposição da Justiça; ao juiz, persecução de uma pena justa; aos agentes penitenciários, auxílio ao preso com vistas a sua ressocialização.

---

<sup>109</sup> PUIG, p. 66-67.

<sup>110</sup> Liszt diferenciava os delinqüentes em ocasionais, não-ocasionais e habitual incorrigível.

<sup>111</sup> A prevenção especial seria ineficaz frente a delitos graves decorrentes de estímulos e circunstâncias que não voltarão a se repetir. A ressocialização de terroristas, por exemplo, não será feita por persuasão, e tampouco poderá ser feita de forma forçada.

<sup>112</sup> PUIG, p. 73.

<sup>113</sup> Sob este aspecto, inaplicável a máxima kantiana de que o delinqüente não poderia ser um meio a um determinado fim.

Para a *Teoria Dialética Unificadora* de Roxin<sup>114</sup>, a pena tem funções parecidas com a vista acima, a depender de uma das três etapas. Na cominação legal, a proteção de bens jurídicos, por prevenção geral, deve ser buscada. Na aplicação judicial, deve haver uma complementação à prevenção geral da etapa anterior, de maneira que a função prevenção geral deva ser mantida, complementada na sua dosimetria pela limitação de acordo com a culpabilidade do autor<sup>115</sup>, bem como utilização de prevenção especial. Na fase de execução da pena, a ressocialização do delinqüente é vista como prevenção especial.

## 2.2 Princípios de Direito Penal

Vários princípios são aplicados à ciência do Direito Penal. Alguns, afora os já explicitados anteriormente, merecem destaque.

O *princípio da legalidade*, ou da reserva legal, indica que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, bem como que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, conforme os incisos XXXIX e XL, respectivamente, do art. 5º da CRFB/88.

Embora tenha adquirido sua fundamentação jurídico-penal com Feuerbach, esta concepção já fora consagrada na *Magna Charta Libertatum*, do século XIII, no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte, e na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*. A partir destas houve sua irradiação para os demais países.

Este princípio comporta desdobramentos que indicam a necessidade de lei prévia, escrita (rejeição ao direito consuetudinário), estrita (proibição do uso de analogia prejudicial) e certa.

O *princípio da anterioridade*, decorrente do inciso XXXIX do art. 5º da CRFB/88, determina que o crime e a pena sejam definidos em lei prévia ao fato punível. Por isto, a lei produz efeitos a partir de sua entrada em vigor, sendo proibidas quaisquer aplicações antes ou durante a *vacatio legis*.

---

<sup>114</sup> PUIG, p. 74.

<sup>115</sup> Ao ser punido de acordo com sua culpabilidade, o autor não mais seria um meio, mas fim em si mesmo, de acordo com o pensamento kantiano.

O *princípio da individualização da pena* é concretizado pelo inciso XLVI do art. 5º da CRFB/88, segundo o qual a aplicação da pena deve condizer com aspectos subjetivos e objetivos do crime. Ele deve ser observado pelos três poderes, em momentos distintos: pelo Legislativo, quando da descrição do tipo penal; pelo Judiciário ao aplicar a pena, e pelo Executivo ao fiscalizar o cumprimento da pena.

Idealizado por Claus Roxin<sup>116</sup>, o *princípio da alteridade* entende impuníveis atitudes internas do agente, assim como pensamentos ou condutas que não interfiram no bem jurídico alheio.

O *princípio da humanidade* veda a criação de tipo penal ou a previsão de penas que violem a incolumidade física e moral de alguém. É fruto dele a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado. Consubstancia-se na dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III, CRFB/88.

Segundo o *princípio da exclusiva proteção do bem jurídico*, o Direito Penal não deve voltar-se a intenções, modo de pensar ou viver de pessoas, desde que não exteriorizadas na forma de condutas delitivas. Logo, questões ideológicas, políticas, religiosas etc. não podem influenciar o Direito Penal.

O *princípio do ne bis in idem* determina a proibição de uma pessoa ser punida duas vezes pelo cometimento do mesmo fato. Já entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) que a reincidência, como agravante genérica, não viola este princípio.

Finalmente, o *princípio da isonomia* impõe a aplicação da igualdade entre os que estejam em igual situação, e desigualdade àqueles em situações diversas.

### **3 Criminologia**

A Criminologia é uma ciência interdisciplinar que tem como método o empirismo, como objeto a análise do delito, do delinqüente, da vítima e do controle social, e, finalmente, como funções a explicação e prevenção de crimes, aliada à intervenção na pessoa do infrator para que diferentes modelos de resposta ao crime

---

<sup>116</sup> PUIG, p. 92.

possam ser desenvolvidos<sup>117</sup>. O método empírico, do ser, é o que a diferencia do Direito, ciência normativa baseada no dever ser.

Uma definição interessante é dada por Sérgio Salomão Sechiara, para quem

Ocupa-se a Criminologia do estudo do delito, do delinqüente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar. Diferentemente do direito penal, a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos<sup>118</sup>.

Esta ciência tem como objeto de estudo o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social. O delito, ao contrário do definido no direito penal, em que é tido como fato típico, antijurídico e culpável, é visto pela criminologia como um fenômeno comunitário que envolve um problema social multifacetado. É por isto que há diferentes correntes criminológicas, que podem envolver diferentes saberes, como o da bioética<sup>119</sup>.

O entendimento da existência de um delito em uma dada comunidade requer a congregação de alguns elementos. Deve haver uma incidência massiva e aflitiva na população, tal como uma persistência espaço-temporal e consenso a respeito de técnicas de intervenção.

Com relação ao criminoso, diversas foram as interpretações a respeito de sua existência, a depender do período, com se verá adiante. De forma resumida, a perspectiva clássica via o criminoso como alguém que livre e conscientemente optou por infringir a lei. Por basear-se na teoria contratualista de Rousseau, a infração era sinal de quebra do pacto social. O positivismo, outra corrente, via que o infrator era subordinado a fatores patológicos (determinismo biológico) ou sociais (determinismo social). A visão correcionalista entendia o criminoso como uma pessoa deficiente, que deveria ser auxiliada pelo Estado. O Marxismo, outra corrente, via a existência do crime como decorrência natural de estruturas econômicas.

---

<sup>117</sup> GOMES, et al., p. 28.

<sup>118</sup> GOMES, et al., p. 43.

<sup>119</sup> As técnicas da Criminologia podem ser qualitativas ou quantitativas. Podem ser citadas as pesquisas por exploração, reconhecimento médico, e entrevista como do primeiro tipo. No segundo enquadram-se o questionário e outros métodos de medição.

A vítima, por sua vez, cuja definição jurídica é a pessoa que sofre diretamente a ofensa ou ameaça a um bem tutelado pelo direito, passou por diversos enfoques ao longo do tempo. Desde os primórdios da civilização até a Idade Média, no século XII, período em que havia a autotutela, a exigência da composição e a pena de talião conferiam-lhe importância. Em seguida houve uma neutralização do poder da vítima, em razão da tomada de responsabilidade, pelo Poder Público, da imposição de penas. A partir do Código Penal francês de mil oitocentos e dez, a pena passa a ser uma garantia de ordem coletiva. Por derradeiro, há dois séculos, com Francesco Carrara, a vítima passou a ser revalorizada, com propostas de prevenção e reparação dos danos causados<sup>120</sup>.

### 3.1 Escolas relevantes

A *Criminologia Clássica*, resultado do legado liberal, racionalista e humanista do Iluminismo, especialmente na vertente jusnaturalista, entende o crime como fato individual, isolado, e utiliza os métodos abstrato e indutivo. Vê-o como mera infração à lei, ou seja, contradição com a norma jurídica. A decisão de infringir a lei é soberana e livre. Há nela uma equiparação entre os criminosos. Partilhavam das mesmas idéias Feuerbach, Mello Freire, Rossi, Filangieri, Rossi, Cargnignani, Romagnosi e Carrara<sup>121</sup>.

Criada a partir do método empírico-indutivo, por meio do qual se partia da análise de fatos e dados, a *Escola Positivista* visava a lutar contra o delito por meio da busca de suas causas. Resultado de seu período histórico, em que era necessário legitimar a ordem burguesa, via como sua função a defesa da ordem e do progresso. É fortemente marcado por dogmas positivistas referentes à submissão dos fenômenos naturais às leis da natureza e à previsão racional. Ela vê o delito como fato real e natural. Volta-se à etiologia do crime, de forma que erige o estudo do delinqüente como prioridade. Resume os males do direito a fatores patológicos individuais. Desta escola destacam-se a:

- a) *Antropologia* (de Cesare Lombroso), exposta por toda a obra *Tratado Antropológico Experimental do Homem Delinqüente*, de mil oitocentos e

---

<sup>120</sup> GOMES, et al., 2006, p. 76.

<sup>121</sup> GOMES, et al., 2006, p. 185.

setenta e seis, consagra sua teoria. Defendeu a existência do delinqüente nato, resultado de mais de quatrocentas autópsias e seus mil análises de delinqüentes. Dividia-os em delinqüentes natos, os loucos morais, os epiléticos, os loucos, os ocasionais e os passionais. Entendia que caracteres genéticos formavam o criminoso. Justifica no atavismo, ou regressão das espécies, a existência de infratores.

- b) *Sociologia Criminal* (de Enri Ferri): via a delinqüência, de acordo com sua obra *Sociologia Criminal*, como produto de aspectos físicos e sociológicos. Leva em conta fatores biológicos, físicos e sociais para a formação do delinqüente, sob um enfoque determinista.

O *Labeling Approach* surgiu nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, e foi influenciado pelo interacionismo simbólico de George Mead, que entende que a sociedade é marcada por interações distorcidas por um processo de tipificação, tal como pela etnometodologia de Alfred Schutz, segundo a qual a sociedade seria produto de uma construção social.

Desta forma, o *labeling approach* entende que o desvio e a criminalidade não decorrem de fatores pré-constituídos, mas sim de qualidades atribuídas a pessoas por meios oficiais e não oficiais de seleção.

Segundo Alessandro Barata,

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais de uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar a seleção de bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas<sup>122</sup>.

A *Moderna Sociologia Criminal* passa a entender o delito como fenômeno social seletivo ligado a certos processos, estruturas e conflitos sociais, de forma que pretende explicá-lo em função de marcos teóricos, a partir do isolamento de suas variáveis. Ela subdivide-se em influencia norte-americana, da Escola de Chicago, e

---

<sup>122</sup> BARATTA, p. 161.

européia, de Durkheim. Atualmente é o paradigma dominante<sup>123</sup>. Este método tem como mérito a demonstração da pluralidade de fatores e variáveis que atuam no surgimento do delito. Algumas serão brevemente analisadas abaixo.

A *Escola de Chicago* é marcada pelo empirismo e por sua finalidade pragmática, em razão da utilização da observação direta em suas investigações. Parte ela do estudo de grandes cidades em época de crescente industrialização. A primeira grande teoria dela surgida foi a *Teoria Ecológica*, defendida por Park, Burges, McKenzue, Thrasher, entre outros, compreendia o crescimento das cidades como o fator de aumento da criminalidade<sup>124</sup>.

A *Teoria da Anomia* de Durkheim, inserida nas teorias estrutural-funcionalistas, cujo estudo recai nas normalidade e funcionalidade do crime decorrentes no funcionamento da ordem social, explica a criminalidade a partir do vazio produzido em sociedades modernas, já que seus meios socioestruturais não seriam suficientes para satisfazer as expectativas de uma sociedade. Insere-se na ideologia do sonho americano, de bem-estar e igualdade de oportunidades. É criticado pela falta de empirismo, já que seu estudo é voltado apenas onde há manifestação, e não geração do delito, motivo pelo qual se diz que procura manter o status quo. Ignora, outrossim, o caráter biopsicológico individual.

A *Teoria do Conflito* vê que é o próprio conflito que garante a manutenção do sistema. Parte do pressuposto de que a ordem social não tem por base o consenso. O conflito não seria uma patologia, mas sim a estrutura da mudança social. O Direito, reflexo dos interesses das classes sociais e do comportamento delitivo, seria uma reação à desigual e injusta distribuição de poder e riqueza na sociedade. Nelas se enquadram as *Teorias do Conflito Cultural*, do *Conflito Social* e *Conflituais de Origem Marxista*. Esta última tem como fundamentos: criminalidade como resultado de conflitos sociais; máxima relevância do desvio secundário estigmatizador; justiça de classe; atitude de apreço ao desviado e abolicionismo. Tem como pontos

---

<sup>123</sup> SHECAIRA, p. 157.

<sup>124</sup> Utilizam como fundamento a modificação das relações interpessoais, a perda de raízes e a crise de valores familiares. Falha esta teoria em não procurar explicar a criminalidade surgida em áreas não-urbanas. A análise social passou, a partir dos anos 50, a substituir a teoria ecológica, e tem como base nos postulados de nível social, urbanização e segregação. A *Teoria Ecológica* hoje é reestudada a partir do bairro e do meio físico como propulsores da criminalidade. A Psicologia Comunitária decorre desta escola, e prevê a importância do papel mais ativo da comunidade na prevenção de crimes. Para maiores informações: GOMES, et al., 2006, p. 215-218.

negativos a falta de empirismo, especialmente no conceito de conflito, bem como a visão de mudança radical do sistema como única solução.

As *Teorias Subculturais* põem ênfase na pressão que exercem estados afetivos negativos, decorrentes do que ele denomina de relações negativa, nos jovens, o que daria ensejo a delitos. Sobre aquelas teorias recaem críticas, como a generalização de conclusões válidas apenas a determinados grupos sociais.

Há também a corrente *Minimalista*, extremamente heterogênea, já que engloba em si meios para o abolicionismo, ou minimalismos em si, denominados minimalismos reformistas. Dentre estes, destacam-se os minimalismos de base: interacionista-materialista, de Alessandro Baratta; interacionista, de Eugenio Raúl Zaffaroni, e liberal iluminista, de Luigi Ferrajoli.

Esta corrente tem como traço o princípio da intervenção mínima, da utilização da prisão como *ultima ratio* e da busca por penas alternativas a esta. A partir de vários binômios, como criminalidade grave e leve e pena de prisão e penas alternativas, ela desenvolveu-se a partir da década de mil novecentos e oitenta do século XX. No Brasil marcou a reforma penal e penitenciária de mil novecentos e oitenta e quatro e a criação dos juzgados especiais criminais, por meio da Lei nº 9.099 de mil novecentos e noventa e cinco.

O objeto desta corrente não é o Direito Penal, mas o sistema penal, institucionalizado pelo poder punitivo do Estado, e sua complexa fenomenologia, que inclui a engenharia e a cultura punitiva, ou seja, tanto a máquina quanto a sua interação com a sociedade.

O entendimento, para a corrente Minimalista, de sistema penal engloba as instituições que operacionalizam o sistema penal (Parlamento, Ministério Público, Justiça, Presídio), todas as leis, teorias e categorias cognitivas que programam e legitimam o Direito Penal (Direitos e ciências políticas criminais), e também o mecanismo de controle social global (mídia, escola, Universidade, família, entre outros). Em suma, as funções reais desempenhadas pelo sistema punitivo são a de diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes, mediante a produção e reprodução de delinqüentes, colocados em cárcere, cujo papel é o de produzir e reproduzir delinqüentes, bem como o de representar como normais relações ideológicas de desigualdades existentes na sociedade.



O conceito de direitos humanos para o Minimalismo assume uma dupla função: a *negativa*, concernente a limites de intervenção penal, e a *positiva*, referente à definição do objeto possível de tutela por meio do direito penal. O atual sistema punitivo dá suporte à atual violência estrutural.

Desta forma, a luta pela contenção da violência estrutural iguala-se à luta pela afirmação dos direitos humanos. Disto resulta a necessidade de inserção no movimento de afirmação de direitos humanos por parte da política de contenção da violência punitiva e a limitação de utilização de instrumentos tradicionais de justiça penal, para a defesa de direitos humanos.

Por isso, existem duas classes de princípios a serem levadas em conta pelo direito penal, especificamente. Os *intrassistemáticos*<sup>125</sup> referem-se aos requisitos para a introdução e manutenção de figuras delitivas em lei. Os *extrassistemáticos*, por sua vez, voltam-se a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e construção de conflitos e problemas sociais.

---

<sup>125</sup> Divididos em princípios de limitação: formal, funcional e pessoal, ou de limitação da responsabilidade penal. Os de limitação formal dividem-se em princípios de: (a) *reserva da lei* (princípio da legalidade em sentido strito): um programa de limitação formal da violência deve consistir em restringi-la ao âmbito da lei. Dele decorrem os princípios seguintes; (b) *taxatividade*: a pena só deve ser aplicada se condisser a tipos de conduta expressamente previstos em lei, o que implica a negação da utilização da analogia maléfica e de termos normativos genéricos ou que envolvam valorações sociais; (c) *irretroatividade*: excluem-se da aplicação de penas condições que não tenham sido previstas como fatos. Reside na previsibilidade das conseqüências jurídicas negativas do comportamento individual; (d) *primado da lei penal substancial*: garantia de extensão de garantias contidas no princípio da legalidade às situações do indivíduo em cada um dos subsistemas do direito penal. Excluem-se, então, medidas restritivas de direitos do indivíduo, seja na polícia, no processo e na execução, que não sejam necessários aos fins da correta e segura aplicação da lei penal substancial, e (e) *representação popular*: na formação da lei penal deve ser respeitada a representatividade da assembléia legislativa e seu funcionamento regular. Já os princípios de limitação funcional abarcam: (a) *resposta não-contingente*: a lei penal deve resultar de exaustivo debate parlamentar, e não uma resposta imediata de natureza administrativa; (b) *proporcionalidade abstrata*: somente graves violações aos direitos humanos podem ser objeto de sanções penais, sempre com atenção à proporcionalidade do dano causado pela infração; (c) *subsidiariedade*: a pena só deve ser imposta caso não se demonstre que ela não é substituível por outros modelos de intervenção que acarretem menor custo social; (d) *proporcionalidade concreta* (adequação do custo social): no momento de aplicação da pena deve ser levada em conta a incidência negativa que ela pode ter sobre pessoas que constituem seu objeto, como a família e a sociedade; (e) *implementação administrativa da lei*: a ignorância da cifra negra, decorrente da discrepância entre a previsão para comportamentos delitivos na lei e os recursos administrativos e judiciais que servem para realizar as previsões legislativas; (f) *respeito pelas autonomias culturais*: a lei tem um limite funcional, uma falta de consideração de certos comportamentos que para certas subculturas são considerados normais, e (g) *primado da vítima*: desta é retirado todo o direito de articular seus interesses, em virtude da substituição, em parte, do direito punitivo pelo direito repressivo. Por fim, os princípios de limitação pessoal subagrupam-se em: (a) *imputação pessoal* (princípio da personalidade): a pena só deve ser aplicada aos autores das infrações; (b) *responsabilidade pelo fato*: o direito penal não deve voltar para as características pessoais do infrator, mas sim do seu ato. As características do autor devem ser tomadas somente com a finalidade de exercício de regimes diferenciados de detenção, e (c) *exigibilidade social do comportamento conforme a lei*: definição de requisitos técnicos para a atribuição de responsabilidade penal.

Para Ferrajoli, a excessiva quantidade de penas restritivas de liberdade e de multa não são eficazes para prevenir e impedir o cometimento de novos crimes. Elas serviriam apenas para perverter o apenado. A formação de escolas do crime nas prisões e do excessivo tempo de encarceramento, durante o qual não há perspectiva alguma para o detento, são fatores que dão ensejo ao crescimento de penas alternativas.

O autor supracitado critica, ainda, o caráter utilitarista da pena, segundo o qual a prevenção especial prevalece sobre os direitos do recluso. Ele cita a filosofia kantiana de reconhecimento do homem como fim em si mesmo, o imperativo categórico, como fundamento da diminuição de penas de privação de liberdade.

A partir da década de mil novecentos e setenta passaram os sistemas penais a experimentar uma crise de legitimidade. Nesta época surgiram desconstruções teóricas e práticas, a exemplo de interacionista, materialista, foucaultiana, abolicionista e feminista. A deslegitimação é demonstrada pela ineficácia da prisão, que, na prática, só faz é criar carreiras criminais.

Algumas críticas são compartilhadas tanto para os minimalistas quanto para os abolicionistas, com relação ao atual sistema penal. Ei-las:

- a) herança medieval da doutrina escolástica, assentada no maniqueísmo e na visão expiatória da pena como castigo, bem como na intensificação da relação adversarial entre autor e vítima;
- b) eficácia invertida, já que não cumpre o que apregoa (prevenir e combater a criminalidade com o fornecimento de proteção jurídica aos acusados e à sociedade), bem como só cumpre funções reais que não explicitamente declara (seleção e construção da criminalidade);
- c) ocultação de cifras negras, já que a atuação efetiva do sistema penal é baixa;
- d) apropriação das vítimas de seu sofrimento, já que se foca mais no sistema penal do que naquelas;
- e) deslegitimação recorrente da ausência de resposta legítima a problemas.

### 3.2 Garantismo Penal

O *Garantismo* clássico, idealizado por Luigi Ferrajoli, tem como princípios fundantes o contraditório entre as partes, a legalidade estrita, a responsabilidade pessoal, o e a presunção de inocência<sup>126</sup>. Derivam, em grande parte, do Iluminismo e do Contratualismo. Podem ser encontrados nele várias correntes, como a do direito natural, a teoria contratualista, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas de separação e supremacia da lei e o positivismo.

A depender da interpretação dada, pode, segundo Bobbio, servir uma teoria, como a filosofia utilitarista clássica de Beccaria e Carrara, para fundamentar técnicas antigarantistas de prevenção especial e defesa social, escoradas no ideal de máxima segurança possível. O positivismo jurídico, a seu turno, permite a adoção de modelos absolutistas, marcado pela ausência de limites ao poder normativo do Estado.

Bobbio vê no garantismo clássico dois elementos marcantes, a definição legislativa e a comprovação jurisdicional. A *definição legislativa* é resultante do princípio da legalidade estrita e envolve a determinação abstrata do que pode ser punido. Ele exige o caráter formal ou legal dos critérios legais da definição de desvio, ligada ao princípio da reserva legal e da conseqüente submissão do juiz à lei, e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas, de forma que o juiz só pode aplicar a pena de acordo com as definições empíricas legislativas do desvio.

Segundo Bobbio:

O que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a Lei. E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais, e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> O garantismo clássico, conforme explicita Bobbio, está fundamentado numa neutralidade utópica. Os magistrados não subsumem simplesmente os fatos à lei. Há discricionariedade em suas decisões, marcadas por quatro espaços de poder: poder de indicação, ou verificação jurídica; poder de comprovação probatória, ou verificação fática; poder de conotação, ou compreensão equitativa e poder de disposição ou valoração ético-política.

<sup>127</sup> FERRAJOLI, p. 39.

Esta concepção tem como resultado a defesa da liberdade dos cidadãos, na medida em que podem praticar ações que não estejam vedadas pela lei, assim como gera uma igualdade jurídica perante a lei, já que independem para a sua configuração diferenças pessoais, políticas ou sociais.

O segundo elemento do Garantismo clássico é o *cognitivismo processual* na determinação concreta do desvio punível. Ele está atrelado ao princípio da estrita jurisdicionariade, que exige, também, as condições de verificabilidade e refutabilidade das hipóteses assecuratórias.

Representam princípios axiológicos do garantismo clássico: retributividade, ou consequencialidade da pena em relação ao delito; legalidade; necessidade, ou economia do direito penal; lesividade, ou ofensividade do evento; materialidade, ou exterioridade da ação; culpabilidade, ou responsabilidade pessoal; jurisdicionariade; acusatório, ou separação entre juiz e acusação; ônus da prova, ou verificação e contraditório, ou falseabilidade. Todos eles foram concebidos pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e atualmente converteram-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.

O princípio da legalidade difere do princípio da lata legalidade. O axioma deste último exige somente a lei como condição necessária da pena e do delito, ao passo que o axioma do primeiro exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.

A *concepção cognitiva* da jurisdição visa a assegurar certeza na determinação do desvio político, de maneira que a punição seja vinculada somente à formulação legal e judicial dos pressupostos típicos gerais e abstratos. A separação entre o direito e a moral também é assegurada, motivo pelo qual é ignorada a moralidade intrínseca, cujo resultado leva à exclusão da função ética e pedagógica da pena.

Pode-se dividir o atual *Garantismo* em três correntes, sob uma perspectiva teórica: uma de *variante estruturalista* de Michel Foucault, outra de *variante materialista* de orientação marxista, de Thomas Mathiesen<sup>128</sup>, e a denominada *variante fenomenológica*, de Louk Hulsman. Dela surgiu uma variante, a corrente fenomenológica-historicista de Nils Christie.

---

<sup>128</sup> Estas duas surgiram a partir do Grupo de Informação sobre cárceres (*Groupe d'Information sur les Prisons*), caso da estruturalista, e da Liga *Coorhert*, caso da materialista.

Como visto, nos atuais tempos, as normas de caráter constitutivo, as que estabelecem punições de forma imediata sem análise da ação ou omissão, são aplicadas em tipologias e classificações de delinqüentes. Isto pode se dar tanto na forma de antropologias e antropometrias somáticas, em consonância com repertórios fisionômicos de delinqüentes naturais, ou de definição de desvios mentais e morais. As penas de caráter constitutivo negativo, como as que isentam determinadas pessoas de pena, em função de suas condições pessoais, a exemplo de presidente, rei etc., também geram privilégios.

#### **4 Modelos de prevenção do delito**

Desde o contratualismo, na visão de Locke, o resguardo da vida, da liberdade e da propriedade, os sistemas de punição seguiram estes últimos. Inicialmente, o cometimento de crimes de homicídio era punido com penas de morte. Em seguida, com penas de restrição de liberdade. Para outros, enfim, a punição era feita por aplicação de multas, ou mesmo confisco<sup>129</sup>.

O problema da prevenção do delito pode ser dividido, em linhas gerais, em correntes clássica e neoclássica. Elas têm em comum a admissão da pena como o meio adequado à prevenção do delito, por meio dissuasório, dirigidos ao infrator potencial.

O *modelo clássico* centraliza no rigor da pena a eficácia preventiva do mecanismo intimidatório. Segundo esta corrente, o Direito Penal é a resposta primária e natural do delito. Sua eficácia reside na capacidade dissuasória do delito. Há interrelação entre pena e delito, de forma que o cometimento deste é reflexo necessariamente da falta de caráter intimidatório daquela.

Esta corrente ignora o alto custo da política de intervenção penal, tal como a falta de efetividade das punições. Ela adota uma visão intelectualizada do delinqüente, que sempre equacionaria os custos e benefícios de uma transgressão penal – quando, em verdade, somente há análise, quando há, de conseqüências próximas e imediatas do delito. Ela não leva em conta a percepção subjetiva do infrator e distorção da percepção da realidade, também chamada de otimismo, ausente, por exemplo, em infratores de crimes sexuais.

---

<sup>129</sup> FERRAJOLI, p. 410.

Já o *modelo neoclássico* centraliza o efeito dissuasório no funcionamento do sistema penal, e não no rigor da pena. Fatores como infra-estrutura e dotação orçamentária estariam diretamente relacionados ao cometimento de crimes. Em termos práticos, esta teoria defende que a sociedade tem o poder de evitar certos crimes, ao incrementar o sistema penal. Ela tem como ponto negativo a ignorância das causas do crime e a atuação tardia, no momento em que há manifestação do crime, e não na prevenção. Além disso, não é o fracasso do sistema legal que produz delinquentes, mas sim o aumento da criminalidade que ocasiona o fracasso do sistema penal.

O efeito intimidatório da pena não é fácil de ser estudado, por envolver diversos fatores, dentre os quais se enquadra também a interferência de sanções informais, ou sociais. O fracasso preventivo-especial da pena decorre da reincidência em presos. Quanto à relativa eficácia preventivo-geral, tem-se que ela decorre mais do risco do delito do que o rigor do castigo, a depender da percepção subjetiva do delito.

Por isso,

a doutrina penal contemporânea – e sobretudo a chamada teoria da prevenção geral positiva – sublinha exhaustivamente que não podem se identificar os conceitos de prevenção geral e intimidação ou dissuasão. A pena, segundo referida tese, seria um poderoso instrumento de integração social, de sorte que sua capacidade dissuasória passaria a um segundo plano, comparada a mesma com sua ‘força criadora de costumes’ ao agir como ‘indicador’ e ‘censura’ da conduta proibida, formulando o correspondente tabu. A pena cumpre (...) uma função pedagógica<sup>130</sup>.

Para Ferrajoli, ao analisar a necessidade de justificativa externa da pena e seu viés político, enumera seus requisitos: impedimento a ataques concretos ou perigo de ataque a bens fundamentais de tipo individual ou social; idoneidade da pena como intimidatória e política extrapenal de proteção destes bens, tal como uma política de desestímulo a porte de armas<sup>131</sup>. Este autor, ainda, fundamenta na aplicação do princípio da lesividade, uma diminuição da intervenção penal.

---

<sup>130</sup> GOMES, p. 321.

<sup>131</sup> FERRAJOLI, p. 435.

## 5 Direito penal do autor/inimigo

A expressão direito penal do autor refere-se a uma corrente que fundamenta a aplicação da pena na periculosidade do agente. Um dos seus maiores expoentes na atualidade é o autor Günther Jakobs<sup>132</sup>, autor da obra *Direito Penal do Inimigo*. Foi ele também quem criou o *funcionalismo radical*, que reserva à norma jurídica elevado valor como proteção social.

Neste livro há a diferenciação de duas facetas do Direito Penal, um do cidadão e outro do inimigo. O conceito de inimigo é direcionado àqueles que teriam infringido o contrato social, idealizado por Rousseau, de forma mais grave. Neste último caso,

(...) não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho pra o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança dos fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.

(...)

Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.<sup>133</sup>

Um dos principais exemplos de pessoas que simbolizam o foco do Direito Penal do inimigo são os terroristas. As conseqüências disto são:

(...) amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido).

(...) as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada.

(...) determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.<sup>134</sup>

O autor justifica a utilização dos preceitos de sua teoria como um combate jurídico a indivíduos especialmente perigosos que nada significam, e que devem ser objeto de um processamento desapaixonado de fontes de perigo significativos<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Professor catedrático de Direito Penal e Filosofia de Direito na Universidade de Bonn, na Alemanha.

<sup>133</sup> JAKOBS, p. 35-6.

<sup>134</sup> JAKOBS, p. 67.

Apresenta o Direito Penal do inimigo algumas diferenças com relação ao Direito Penal comum, pois aquele não estabiliza normas por prevenção geral positiva, mas denomina grupos de infratores, e não se refere ao fato, mas sim ao autor.

A caracterização de um indivíduo como inimigo dá-se a partir de reincidência, habitualidade, delinqüência profissional, entre outros. Segundo Jakobs, por haver abandonado o direito, não podem ser-lhe dirigidas garantias destinadas aos cidadãos.

## **6 Princípios de direito penal e técnica legislativa**

Além dos princípios estudados anteriormente, referentes ao direito penal, outros são necessários quando da tipificação de crimes e cominação de penas, conforme se verá adiante.

### **6.1 Proporcionalidade**

Para o Direito Penal, o princípio da proporcionalidade, com origem nos itens vinte e vinte e um da *Magna Carta* do Rei João Sem Terra, funciona como barreira impositiva de limites ao legislador. Da maneira como é conhecida hoje, foi concebida na Alemanha, com inspirações jusnaturalistas e iluministas, de acordo com as quais a limitação da liberdade individual só se justifica por meio da concretização de interesses coletivos superiores.

### **6.2 Idoneidade**

O *princípio da idoneidade*, também denominado de princípio da adequação ou utilidade do intervento punitivo, refere-se à avaliação entre o meio mais apto a atingir uma determinada finalidade, de forma que idôneo é o meio mais adequado ao atingimento do objetivo desejado.

Para tanto, é necessário ter em conta a idoneidade de outros meios extrapenais com eficácia mais garantida, por vezes menos custosas, e com efeitos

---

<sup>135</sup> JAKOBS, p. 70.



criminológicos reduzidos. Exige-se um juízo de idoneidade penal, uma valoração empírica que envolve uma racionalidade instrumental de adequação entre o meio (pena) e o escopo desejado.

Para esta verificação, deve-se ter em conta que o direito penal é meio de controle social voltado à proteção de bens jurídicos, e não de afirmação de valores religiosos e ideológicos. Seu escopo é intervir em áreas de forma justificada, de modo que possa influenciar seus destinatários a absterem-se de praticar determinado comportamento proibido por ela – prevenção geral.

O questionamento acerca da efetividade penal envolve as efetividades da norma, da pena (entendimento do apenado de maior custo-benefício em observar as proibições do que infringi-las) e dos aparatos estatais (efetividade de órgãos relacionados à persecução penal)<sup>136</sup>.

Por ser feita com base em um juízo prognóstico, quando da elaboração legal, seja por erro ou em decorrência de mudanças sociais e de percepção da norma pela coletividade, mostra-se possível a declaração de inconstitucionalidade legal.

A atuação do juízo de idoneidade no direito penal pode decorrer do questionamento em várias hipóteses, como em crimes de perigo abstrato, quantidade e qualidade das penas e efeito criminológico.

O estudo da quantidade de pena imposta tem como escopo averiguar até que ponto ela desestimula a prática do delito. Por decorrer de tutela de bens jurídicos por meio de lesão a outros bens jurídicos, deve haver racionalidade na previsão quantitativa das penas, com utilização do princípio distributivo. A adoção de penas baixas gera sensação de proveito com a conduta criminosa, como se a pena fosse mera tarifa a ser paga pelo infrator, ao passo que a adoção de altas penas gera efeitos criminológicos.

O efeito da prevenção geral não é obtido de forma proporcional entre a quantidade da sanção e o efeito da ameaça. Em verdade, este efeito tem maiores resultados quanto mais justa for tida uma sanção por parte dos cidadãos.

Por isso:

Não é verdade que quanto mais alto for o custo das penas, maior será sua capacidade de prevenção, uma vez que o terrorismo penal

---

<sup>136</sup> Em referência a Carlo Enrico Paliero, em GOMES, p. 153.

mediante a elevação das penas não consegue aumentar a eficácia preventiva da sanção. Esta somente é aumentada com penas que soa reconhecidas como justas pelos cidadãos, impostas por um sistema penal que se perceba como legítimo, servindo mais ao aumento da eficácia da prevenção a certeza da sanção e o rigor da persecução policial, do que propriamente o aumento das respostas punitivas.<sup>137</sup>

Como exemplos de ineficácia da quantidade de pena podem ser citadas determinadas formas de delitos enquadradas como hediondas, tal qual o homicídio doloso e tráfico ilícito de entorpecentes, no Brasil, cuja incidência não diminui em compasso com o aumento de pena.

A qualidade das penas envolve a ponderação de previsibilidade, por exemplo, de substituição de penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos, de acordo com as circunstâncias, tal qual a proibição de dirigir veículo automotor em infrações de trânsito.

Efeitos criminógenos podem ser gerados quando, embora relevantes os bens jurídicos, a punição prevista acarreta diversos efeitos, como acontece com o aborto, já que a previsão de sua punição não necessariamente o coíbe. Pelo contrário: aumenta a clandestinidade de tratamento médico de baixa qualidade de pessoas interessadas em abortar, o que gera mais um comportamento criminoso e põe em risco a vida também da interessada. Por isso, incriminações, mesmo que abstratamente idôneas a atingir sua finalidade, podem produzir danos ao indivíduo e a sociedade maiores do que as vantagens a serem obtidas.

### 6.3 Necessidade

O *princípio da necessidade*, conforme visto no primeiro capítulo, representa a escolha, dentre vários meios, daquele que menos interfira na esfera de direitos fundamentais de uma determinada pessoa. Por meio deste princípio, pode-se preferir a busca e apreensão de determinados documentos a ter de decretar a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

---

<sup>137</sup> GOMES, p. 141.

#### 6.4 Proporcionalidade em sentido estrito

Também denominado de proporcionalidade material, o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* refere-se à identificação da medida da resposta sancionatória, ou aos parâmetros em relação aos quais a cominação legal da pena deve ser norteada. Ele

relaciona-se com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade do da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com outras penalidades previstas para o resto dos delitos existentes na legislação penal.<sup>138</sup>

Além da subordinação ao princípio da legalidade<sup>139</sup>, deve ser observado o princípio da individualização da pena, de modo que já na previsão legal é permitido ao juiz, diante da situação a ser analisada - com base nas infração, prevenção especial e pessoa do infrator - valorar as circunstâncias para que possa melhor individualizar a aplicação da pena. No Brasil isto concretiza-se no art. 59 do Código Penal.

A previsão de um mínimo legal evidencia o último grau em que pode ser abaixada a tutela de um determinado bem jurídico. Representa a sanção proporcional e necessária à proteção deste, com base no princípio da ofensividade. Este princípio, além de observado na fase abstrata, também tem sido usado pelo Judiciário em casos em que a pena seria desproporcional à gravidade do fato<sup>140</sup>.

Da mesma forma, a ausência de previsão de pena máxima compromete o princípio da legalidade, a segurança jurídica e a garantia individual, pois deixa ao arbítrio da autoridade judicial a aplicação da pena.

Mesmo a margem fornecida pelo legislador ao juiz não pode ser excessivamente ampla, o que acabaria por gerar ampla discricionariedade judicial. A admissão desta previsão acarretaria a punição de lesões a bens jurídicos diferentes da mesma maneira, em inegável afronta ao princípio da individualização da pena.

---

<sup>138</sup> GOMES, p. 178.

<sup>139</sup> Mitigado, tendo em vista que as penas não são previamente determinadas, como no Código Penal francês de mil setecentos e noventa e um, mas sim delimitadas pelo legislador.

<sup>140</sup> Casos há em que o legislador não previu o mínimo de pena, de forma que restou comprometido o desvalor do comportamento que justificasse sua inclusão no âmbito penal, como acontece com alguns crimes da Lei 4.737/1965, como os arts. 295, 297 e 298.

Além da necessidade de fixação de penas mínimas e máximas, mister a observação da proporcionalidade entre elas. A ausência de previsão legal quanto a esta proporção gera, por um lado, crimes que tem penas aumentadas em até doze vezes e, de outro, crimes com penas aumentadas em grau menor. A irregularidade na proporção entre o máximo e o mínimo gera confusão social quanto à gravidade das infrações<sup>141</sup>.

Decorrente do princípio da proporcionalidade, a valoração da pena é feita de acordo com a restrição da liberdade ou do patrimônio. Isto a torna um tipo de sanção abstrata e igual, tanto com relação a sua natureza quanto na privação de um valor (seja patrimonial ou de liberdade). O grau de culpabilidade, e a previsão de crime como doloso ou culposos, em atenção ao princípio da culpabilidade, também devem nortear o legislador.

Na análise da proporcionalidade *in concreto*, observa-se que

O peso e a urgência do interesse geral justificam a intensidade do intervento na esfera individual, o que constitui a primeira grandeza axiológica que deve orientar a valoração comparativa entre meio e fim. O outro elemento a ser considerado é o interesse individual afetado pelo meio, que também é objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.<sup>142</sup>

Ou seja, a ponderação exigida pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito (valor do bem jurídico a ser protegido criminalmente e o desvalor da conduta versus o valor da liberdade de quem pratica esta conduta) estabelece até que ponto pode-se aceitar que se abra mão de um direito individual em nome do interesse coletivo.

Há de se atentar, igualmente, para a consideração de todo o sistema penal quando da edição de sanções de leis penais. Isto porque, a depender da pena<sup>143</sup> e do regime inicial de cumprimento, há influência em rito, benefícios processuais, condições de execução penal, entre outros. Além disso, os diferentes tipos de delito,

---

<sup>141</sup> Para o homicídio simples, por exemplo, a pena de reclusão varia de seis a vinte anos. Para o crime de extorsão mediante seqüestro, cuja tutela recai sobre bem jurídico diverso, a pena de reclusão varia de oito a quinze anos.

<sup>142</sup> GOMES, p. 170.

<sup>143</sup> A escolha entre pena de reclusão e detenção pode influenciar o regime inicial de cumprimento e, interferir na declaração de incapacidade para o exercício do pátrio poder (CP, art. 92, II), possibilitar a substituição da internação por tratamento, na medida de segurança, ou mesmo admitir a concessão de fiança, entre outros.

também, devem ser hierarquizados, de forma que sejam mais gravemente sancionados os de lesão que os de perigo; os de maior intensidade os de lesões do que os de menos, e assim por diante.

Portanto, é defeso ao legislador criar discriminações arbitrárias. Ele deve considerar as relações horizontais (paridade de tratamento entre os delitos, mesmo que diferentes quanto a sua estrutura, se parecido for seu desvalor penal) e verticais (para cada delito deve ser prevista a pena mais apropriada) entre os tipos penais quando se sua tipificação e sanção.

Embora não seja ínsito à proporcionalidade, a comparação com outros tipos penais é capaz de analisar sua proporcionalidade. Para isto, deve-se estabelecer se o grau de disparidade do tratamento sancionatório equivale a uma diversidade nas relações constitucionais entre os bens jurídicos, bem como evitar o confronto entre modalidades delitivas com diferentes níveis de gravidade<sup>144</sup>.

## **7 Limitações do *Ius Puniendi***

A concepção de Estado social e democrático de direito decompõe-se em três componentes limitadores do direito de punir: princípio da legalidade, princípio da necessidade social da intervenção penal e princípios da dignidade humana, igualdade e participação do cidadão.

O *princípio da legalidade* refere-se ao aforismo *nullim crimen, nulla poena sine lege*, deriva da precisão de Feuerbach, em reflexão sobre as conquistas da Revolução Francesa. Antes desta havia referências à legalidade, como na *Magna Charta Libertatum* inglesa de João Sem-Terra e na *Constitutio Criminalis Carolina*, com significado diferente do atual.

Baseia-se o princípio em estudo do contrato social, por meio do qual, em termos gerais, os cidadãos admitiriam a passagem do estado de natureza ao estado cível, com cessão de sua liberdade, por meio da possibilidade de participação e controle na vida política da comunidade. Daí a importância da separação dos

---

<sup>144</sup> A mudança do art. 272 do Código Penal, trazida pela Lei 9.677/1998, pune "falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo" com pena de reclusão de 4 a 8 anos, e multa, de forma mais grave que a pena de lesão corporal, mesmo a gravosa (CP, art. 129, §2º), punida com reclusão de 2 a 8 anos.

poderes. Logo, consoante Beccaria, os cidadãos só poderiam submeter-se a delitos e penas que fossem derivadas de aprovação popular.

Desdobra-se este princípio em garantia criminal (determinação do delito pela lei); penal (correspondência, pela lei, entre a pena e o fato), jurisdicional (imposição por sentença judicial de pena, com base em delito previsto legalmente) de execução (previsão legal de cumprimento da pena)<sup>145</sup>.

O *princípio da utilidade da intervenção penal* aponta ser necessária intervenção somente caso de mostre útil a evitar delitos. Desta forma, a eficácia deve ser buscada entre os que não tenham delinqüido e o que teriam feito caso não houvesse ameaça de pena<sup>146</sup>.

De acordo com o *princípio da subsidiariedade* e do *caráter fragmentário do Direito Penal*, deixa este de ser necessário para proteger a sociedade quando isto puder ser feito por meios menos lesivos aos direitos individuais<sup>147</sup>. Esta fundamentação utilitarista do direito penal balanceia o princípio da máxima utilidade possível com o do mínimo sofrimento necessário. Desta maneira, o direito penal deve ser encarado como a ultima ratio para proteção de interesses sociais.

O *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* dispõe que o direito penal só protege bens jurídicos, em sentido político-criminal, de forma que são excluídos interesses meramente morais. Por isso,

Um Estado social e democrático de Direito só deverá amparar como bens jurídicos as 'condições de vida social' que afetem as 'possibilidades de participação dos indivíduos' no sistema social. E para que os referidos bens jurídicos mereçam proteção penal e sejam considerados bens jurídico-penais, será preciso que tenham uma 'importância fundamental'. Tudo isto pode ser visto como uma exigência do Estado social e democrático."<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Também são previstos requisitos de *Lex praevia* (proibição de retroatividade), *lex scripta* (advinda do Legislativo, o representante do povo) e *sricta* (precisão de lei penal com exclusão da analogia in malam partem).

<sup>146</sup> É inegável o aumento de delinqüência em época de diminuição de intervenção estatal.

<sup>147</sup> A própria jurisprudência constitucional alemã analisa esta exigência como derivada do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, cujo descumprimento torna inconstitucional a medida desnecessária.

<sup>148</sup> PUIG, p. 96.

Vistos os aspectos teórico-constitucionais e penais e criminológicos referentes à inserção da pena de castração química no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se ao estudo das mudanças pretendidas pelo legislador, sob o enfoque dos institutos vistos nos dois primeiros capítulos.

## CAPÍTULO III: Legalidade da castração química

### 1 História e método da castração química

A castração não é prática nova na história mundial. Na Grécia antiga, ela representava pena freqüente para crimes de adultério e estupro, com o fim de impedir a reincidência. No Meio Oriente, os eunucos tinham seus órgãos sexuais extirpados para que não pudessem sentir qualquer tipo de atração pelas mulheres das quais deveriam cuidar no harém<sup>149</sup>. Na Europa, principalmente entre os séculos XVII e XVIII, por influência da Igreja Católica, alguns meninos que tivessem voz apropriada para o canto sofriam castração antes de sua puberdade, pois se acreditava que isso manteria o tom agudo de sua voz, até sua extinção, em 1878 com o papa Leão XIII<sup>150</sup>.

A castração química em seu estado atual de desenvolvimento, mais especificamente, teve seu desenvolvimento devido a tentativas de impedimento do avanço de cânceres de próstata<sup>151</sup>. Somente em seguida passou a mesma técnica a ser usada com outros fins.

Inicialmente, era prevista a prescrição de substância destruidora de válvulas controladoras de entrada e saída de sangue nos corpos cavernosos do pênis, com vistas a impedir a ereção. Atualmente, em linhas gerais, a castração química representa a aplicação do hormônio feminino progesterona no paciente, seja pela forma de injeção ou ingestão de cápsulas, como o *acetato de ciproterona*. Sua atuação impede a produção de testosterona, hormônio masculino, de forma que há inibição de libido e de ereções<sup>152</sup>.

Há a aplicação mais específica do medicamento *Depo-Provera*, cujo princípio ativo é acetato de *medroxiprogesterona*, seja na forma oral ou injetável. Ele atua na

<sup>149</sup> BRITISH BROADCASTING CORPORATION. *Elite slavery*. Fonte: <[http://www.bbc.co.uk/religion/religions/islam/history/slavery\\_6.shtml](http://www.bbc.co.uk/religion/religions/islam/history/slavery_6.shtml)>. Acesso em 07 out. 2009.

<sup>150</sup> PACHECO, Alberto. *A regisração vocal no séc. XVIII e XIX e suas conseqüências na prática interpretativa*. Fonte: <<http://www.musica.ufg.br/mestrado/anais/anais%20do%20II%20SNPPM/artigos/Alberto%20Pacheco-Artigo%20.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

<sup>151</sup> SROUGI, Miguel. *Câncer da próstata: uma opinião médica*. Fonte: <<http://www.uronline.unifesp.br/uronline/ed1098/caprostata.htm>>. Acesso em 23 out. 2009.

<sup>152</sup> DE OLIVEIRA, Sérgio Marcelino. *A próstata ventral do gerbilo frente as diferentes formas de castração e subsequente reposição hormonal pela testosterona*. Fonte: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000374265>>. Acesso em 23 out. 2009.



glândula hipófise, situada no crânio, sob a base inferior do cérebro, de forma a inibir a produção de testosterona, hormônio fundamental no desencadeamento da libido masculina.

Como qualquer medicamento, este tratamento apresenta efeitos colaterais. Um dos principais dentre estes é a diminuição dos impulsos sexuais, em razão da falta de irrigação do pênis, responsável pela ereção. Ela compromete também a ejaculação, o que impede a reprodução daquele que tenha passado por semelhante tratamento. Outros efeitos colaterais que podem ser citados são: aumento de peso, mal-estar, hipertensão, trombolismo, fadiga, hipoglicemia, ginecomastia, hipertensão, crescimento excessivo de pêlos e de acne<sup>153</sup>.

A dose do medicamento, que deveria ser tomada diariamente, gera uma dificuldade de controle. Apregoa-se a possibilidade de aplicação mensal, por meio da injeção com a substância *leuprorelina*. Segundo a reportagem do site BBC<sup>154</sup>, em seis semanas de tratamento os índices do hormônio testosterona aumentaram. Após este período, entretanto, haveria uma diminuição do desejo sexual.

A eficácia do tratamento não é garantida. Segundo alguns médicos, caso o paciente realmente queira superar os efeitos do medicamento, mesmo submetido ao tratamento, conseguirá, a exemplo do contato com pornografia extrema.

## 2 Projetos de lei brasileiros referentes à castração química

A inserção da castração química na legislação brasileira não é um tema novo<sup>155</sup>. Mais de três projetos de lei e uma proposta de emenda constitucional foram apresentados no Congresso Nacional desde 1988. Elas apresentam em comum a inserção da pena de castração química no Código Penal. Há diferença, todavia, na

<sup>153</sup> SPALDING, Lary Helm. *Florida's 1997 Chemical Castration Law: a return to the dark ages*. Fonte: <<http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/frames/252/spalfram.html>>. Acesso em 20 out. 2009.

<sup>154</sup> BRITISH BROADCASTING CORPORATION. Fonte: <[http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid\\_6752000/6752103.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_6752000/6752103.stm)>. Acesso em 07 out. 2009.

<sup>155</sup> O Ambulatório de Transtornos de Sexualidade da Faculdade de Medicina do ABC, em Santo André, São Paulo passou a aplicar este tipo de tratamento a condenados que voluntariamente quisessem a ele submeter-se. Entretanto, o psiquiatra responsável pela utilização da castração química, Danilo Baltieri, será investigado pelo Conselho Regional de Medicina através de uma sindicância por realizar ato ilegal. Para maiores informações: PORTAL G1, <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL150948-5605,00-PSIQUIATRA+NEGA+TER+FEITO+CASTRACAO+QUIMICA+EM+PEDOFILO.html>>. Acesso em 20 out. 2009.

obrigatoriedade, ou não, da castração química, tal como a que crimes ela se destina. Adiante serão demonstradas as proposições de cada projeto.

### 2.1 Projeto de Lei nº 7.021, de 2002, da Câmara dos Deputados

O Projeto de Lei nº 7.021 de 2002, de autoria do deputado Wigberto Tartuce, previa a inserção da pena de castração química aos crimes tipificados à época pelo artigo art. 213. (“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”) e 214 (“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”). Não há facultatividade do condenado, que deve submeter-se necessariamente à utilização de recursos químicos.

Na justificação do projeto, baseia o deputado sua proposta no modelo utilizado na Califórnia. Ele justifica a mudança na atrocidade dos crimes e na sua impunidade. Este projeto, proposto em vinte de junho de dois mil e dois, foi arquivado em dezessete de fevereiro de dois mil e quatro, após passagem pela Comissão de Constituição e Justiça.

### 2.2 Projeto de Lei nº 4.399, de 2008, da Câmara dos Deputados

O Projeto de Lei nº 4.399 de 2008, de autoria da deputada Marina Maggessi, além de acrescentar ao CP o crime de pedofilia, por meio do art. 223-A, diferencia duas espécies de tratamento químico a condenados. O primeiro seria facultativo aos condenados, pois condiciona a progressão de regime e o livramento condicional à assinatura de um termo de ajustamento de conduta em que se comprometam a se submeter a um tratamento psiquiátrico, estando ciente da castração química em caso de eventual reincidência. O §2º do mesmo artigo, a seu turno, indica que

A reincidência na condenação por pedofilia implicará administração de castração química, acompanhada por junta médica oficial, que elaborará laudos periódicos sobre a receptividade do organismo do condenado quanto aos hormônios inoculados, sem prejuízo da aplicação concomitante das demais sanções penais cabíveis.

Como se vê, haveria liberdade ao condenado primário, já que poderia trocar a submissão pelo tratamento a progressão de regime. Isto não aconteceria com reincidentes, que seriam indistintamente submetidos ao tratamento.

A Presidência da Câmara dos Deputados, por meio do Ofício 1417/2008/SGM/P, devolveu o projeto supracitado por julgá-lo evidentemente inconstitucional. Contra esta decisão, ao final de dois mil e oito, recorreu a autora do projeto, por meio do Recurso 227/2008, ainda a ser analisado.

### 2.3 Projeto de Lei nº 552, de 2007, do Senado Federal

No Senado está em análise o Projeto de Lei nº 552 de 2007, do senador Gerson Câmara, que pretende que seja cominada a pena de castração química a pedófilos, cuja qualificação se enquadre no Código Internacional de Doenças, para os autores de crimes à época tipificados como de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) ou corrupção de menores (art. 218) para os casos em que a vítima é menor de catorze anos de idade (art. 224).

Após apresentação de relatório no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça, com recomendação de aprovação mediante emendas, realizado pelo senador Marcelo Crivela, foi requerido pelo senador Flávio Arns o encaminhamento do projeto à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, o que ainda não foi analisado, dada a previsão de pena, inexistente no ordenamento jurídico, que envolve a dignidade da pessoa humana

### 2.4 Proposta de Emenda Constitucional nº 590, de 1998, da Câmara dos Deputados

De autoria da deputada Maria Valadão, visava o projeto a modificar a alínea 'e' do inciso XLVII do art. 5º da CRFB/88, a fim de permitir a pena de castração a reincidentes de crimes específicos de pedofilia com estupro. A justificativa reside no que a deputada chamou de medida urgente e eficaz a tais crimes.

Proposta em abril de mil novecentos e noventa e oito, foi arquivada em fevereiro de mil novecentos e noventa e nove por questões regimentais, sem análise do mérito.

### 3 Direito comparado

Nos Estados Unidos alguns Estados, como os da Califórnia, Geórgia, Flórida, Texas, Lusiana e Montana, prevêem a pena de castração química como um dos requisitos para que seja concedida liberdade a delinqüentes sexuais<sup>156</sup>. Os réus primários podem submeter-se facultativamente à castração química ou, de forma permanente, com a submissão à ablação cirúrgica – obrigatória a reincidentes.

Já na Europa, há variados tratamentos. Na Grã-Bretanha<sup>157</sup> ela é facultativa. Se o condenado se nega a submeter-se ao tratamento, permanece preso. Na França ressurgiu o debate acerca de sua implantação após Francis Everad ter sido libertado pelo cumprimento em parte da pena de trinta anos pela condenação de crimes sexuais. Pouco tempo depois ele seqüestrou e violentou uma criança de cinco anos. O atual presidente Nicolas Sarkozy defende a adoção de penas mais severas para combate à pedofilia, o que inclui a construção de um hospital de internação em Lyon destinado especificamente a condenados a crimes sexuais, cuja libertação dependerá de parecer médico e aceitação de implantação de rastreador eletrônico<sup>158159</sup>.

Ainda na França foi apresentado ao final do ano de dois mil e sete o projeto de lei número duzentos e três, do deputado Bernard Debré<sup>160</sup>. No projeto há a previsão de submissão de condenado a crime sexual ao tratamento de castração química, à revelia de seu consentimento, se aprovado por uma junta de três médicos. Caso a pena de restrição de liberdade seja cumprida antes do final do tratamento, o preso seria obrigado a comparecer a centros de tratamento para análise de níveis hormonais.

<sup>156</sup> SPALDING, Lary Helm. Florida's 1997 Chemical Castration Law: a return to the dark ages. Fonte: <<http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/frames/252/spalfram.html>>. Acesso em 20 out. 2009.

<sup>157</sup> THE GUARDIAN. Poland's chemical castration debate. Fonte: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/oct/13/poland-chemical-castration-sex-offenders>>. Acesso em: 23 out. 2009.

<sup>158</sup> Para maiores informações, consultar: <<http://www.rtlinfo.be/rtl/archive/article/25704/?&archiveYear=2007>>. Acesso em: 18 de out. de 2009.

<sup>159</sup> Naquele país também existem tratamentos direcionados a voluntários com autorização do Ministro da Justiça, a exemplo de um com quarenta e oito voluntários, cujo começo se deu em dois mil e cinco, com supervisão de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale (Instituto Nacional da saúde e da pesquisa médica, em tradução livre).

<sup>160</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA. Fonte: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion0203.asp>>. Acesso em 20 out. 2009.

Na America Latina, o Partido Revolucionário Institucional do México<sup>161</sup> propôs a castração química de condenados por crimes de estupro, lenocínio, pornografia infantil, entre outros. O Projeto prevê a submissão a tratamento de castração química a cada seis meses e a criação de um centro de tratamento médico e psicológico, bem como uma base de dados de infratores.

## 4 Análise dos projetos

### 4.1 Legal

É necessário ressaltar que a interferência física não é necessariamente um tratamento degradante, desde que sua aplicação esteja de acordo com a vontade de quem se submete ao tratamento e seja regulamentada pela medicina. É o caso de transformação de órgãos sexuais de transexuais, respaldada pelo art. 13 do Código Civil de dois mil e dois.

A castração química é um tratamento de pena corporal, vedado no ordenamento jurídico brasileiro. Admitir isso seria um perigoso precedente de volta retribuição pura e simples ao prejuízo causado, nos moldes da Lei de Talião.

A aplicação da pena não tem somente o fim retributivo, consoante a Teoria Mista. Ela deve servir à retribuição e à prevenção. Além disso, a *Teoria da Diferenciação* de Schmidhäuser mostra-se útil, no sentido de que, além de servir à defesa da coletividade quando de sua previsão legal, ela é usada pelo juiz na busca da justiça e pelos agentes penitenciários na busca de ressocialização.

A inserção de novas modalidades de penas em tipos penais deve obedecer a princípios constitucionais e seus desdobramentos penais, e não pode decorrer simplesmente de clamores sociais baseados em alternativas aparentemente eficazes.

Prever a submissão do condenado à pena de castração química, sem que haja seu consentimento, fere, inicialmente, o princípio da idoneidade. Ele envolve a escolha do meio mais adequado para o atingimento de determinada finalidade, e refere-se a ponderação de eficácia, custos e efeitos criminológicos.

---

<sup>161</sup> CABLE NEWS NETWORK. *Castración química para violadore*. Fonte: <<http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2007/11/14/proponen-el-castro-quimico-a-violadores>>. Acesso em: 30 out. 2009.

A aceitação da pena de castração química geraria gastos vultuosos do governo em tratamentos de verificação contínua sem a necessária eficácia. Como visto, em crimes sexuais há variados abusos que não necessariamente são realizados mediante penetração. Não geraria de forma alguma prevenção geral este tipo de tratamento. Esta efetividade da norma, que envolve a pena e os aparatos estatais, estaria comprometida. Há efeitos criminológicos questionáveis não só psicológicos, mas principalmente biológicos, já que há interferência fisiológica.

O mesmo seja dito de acordo com o princípio da necessidade, pois embora não haja um meio perfeito que impeça reincidência ou efetue a prevenção geral, há outro que tem eficácia talvez maior e interfere de maneira menos agressiva na esfera de direitos fundamentais do condenado, como seria o caso de restrição de liberdade com acompanhamento psicológico, ou mesmo a aplicação de medida de segurança.

A falta de previsão de uma pena máxima, inexistente nos projetos e inerente ao tipo de tratamento biológico, cercado de incertezas, representa afronta ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois não há definição de pena máxima a ser imposta. São feridas a segurança jurídica e a garantia individual, já que a submissão ao tratamento poderia perpetuar-se por longo tempo.

O princípio da utilidade demonstra não ser eficaz o *jus puniendi* nestes casos, pois não haveria necessariamente uma redução nos delitos. Embora não haja dados oficiais, associações, como a Associação de Assistência a Vítimas de Agressões Sexuais dos Estados Unidos<sup>162</sup>, apontam que as pessoas submetidas ao tratamento acabam por sair mais nervosas e violentas dele.

Desnecessária seria proibição expressa na CRFB/88, já que não poderia ser admitido tal tipo de pena por estarem envolvidos direitos fundamentalíssimos do ser humano, referentes a sua integridade física, moral e psíquica. Representam, por isso, atividades negativas do Estado, cuja subvenção é constitucionalmente proibida.

Está envolvida também a dignidade da pessoa humana que, segundo a Teoria da Universalidade, tem natureza axiológica imutável, de forma que a pessoa deve sempre ser considerada um fim em si mesmo, e nunca um meio. Alia-se a esta

---

<sup>162</sup> EL PAÍS. *Castrar a violadores o no.* Fonte: <[http://www.elpais.com/articulo/espana/Castrar/violadores/elpepuesp/20070826elpepinac\\_9/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Castrar/violadores/elpepuesp/20070826elpepinac_9/Tes)>. Acesso em 20 out. 2009.

a Teoria da Universalidade dos Direitos Fundamentais, de acordo com a qual todos os homens desfrutam de igual dignidade, sem distinção.

A eficácia objetiva dos direitos fundamentais já traz limites à atuação estatal por seus diversos valores, como eficácia irradiante, dever de proteção, garantias institucionais e controle de constitucionalidade, com visto no primeiro capítulo. Decorre disto a Teoria do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais, de acordo com a qual não cabe ao legislador, só pelo fato de sê-lo, por lei restringir direitos fundamentais.

Como norma metódica de orientação de utilização de outras normas, o postulado da razoabilidade impede que haja desproporcionalidade no critério que proporciona a medida. Ora, a submissão a um tratamento custoso, degradante e de eficácia duvidosa não é a medida proporcional para a eficácia da norma.

Igual raciocínio é utilizado segundo o postulado da proporcionalidade.

A admissão e a aplicação indiscriminada desta punição ignoraria o princípio constitucional de individualização da pena. Ora, pessoas com diferentes trajetórias de vida, condutas e personalidades estariam sujeitas ao mesmo tipo de pena, sem qualquer tipo de adequação àqueles fatores diferenciadores.

Todos os princípios de direito penal devem ser sopesados ao se tipificar uma infração, o que leva à conclusão de sua inadmissibilidade.

A iguais conclusões remete a legislação brasileira.

Ao se analisar as determinações somente da Lei de Execuções Penais, verifica-se que seu art. 40 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984), *“Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”*

Ao se abstrair um pouco mais, observa-se que pelo art. 38 do Código Penal há a determinação de que *“O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”*

Finalmente, segundo o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, norteador dos preceitos supramencionados, *“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”*. Mais ainda: neste mesmo artigo, inciso XXX, há a proibição expressa

de quaisquer penas cruéis<sup>163</sup>, degradantes e de tortura. A individualização da pena também é assegurada pelo inciso XX do mesmo artigo. A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, XXX.

O cerne da questão é a finalidade de tratar pedófilos e afins como merecedores de tratamentos patológicos, e não psicológicos. Ao invés de terapia comportamental, são prescritos medicamentos de efeitos duvidosos. É possível, ainda, que práticas libidinosas sejam efetuadas independentemente de qualquer ereção.

Nos EUA, segundo artigo de Wickham do *USA Today*<sup>164</sup>, muitos delinquentes sexuais têm optado pela pena de castração química como meio alternativo de fuga da prisão ou, ao menos, de diminuição da restrição de sua liberdade. Segundo ele, ao citar uma entrevista do promotor da Florida Jerry Burford, um indício de que crimes sexuais não estão unicamente relacionados à libido, mas também a uma questão de poder, foi deparar-se com casos destes crimes em homens que tinham impotência sexual.

Alguns crimes sexuais, como a pedofilia não são considerados crimes hediondos. Mesmo que se tornem, conforme diversos projetos de lei, não há justificativa para o impedimento de progressão de regime (o que já foi vedado, inclusive, para crimes hediondos e equiparados), como pretende o projeto 4.399/2008, em que há condicionamento de progressão de regime a aceitação à submissão à pena de castração química. Este impedimento, conforme analisado pelo STF, além de ferir o princípio da individualização da pena, não atacaria o cerne do problema.

Por fim, na época de proposição dos referidos projetos, vigia o Código Penal sem as alterações introduzidas pela Lei 12.015/09, já vigente. Por meio desta houve modificação de tratamento a crimes sexuais. Doravante, o estupro e o atentado violento ao pudor foram reunidos num único tipo penal. Com a possibilidade de cometimento destes crimes por uma mulher, a sua punição não poderia ser feita nos moldes dos projetos originais, e seria difícil que houvesse qualquer tipo de punição

---

<sup>163</sup> A definição de crueldade é dada pelo Houaiss, em sua versão eletrônica: "a quem apraz derramar sangue, causar dor; cruento".

<sup>164</sup> USA TODAY: *Castration often fails to halt offenders*. Fonte: <<http://www.usatoday.com/news/opinion/columnists/wickham/2001-09-04-wickham.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2009.



semelhante, o que acabaria por gerar tratamentos penais diferenciados a cometedores dos mesmos crimes.

#### 4.2 Humanista

O tratamento químico em estudo não tem eficácia garantida comprovada. Muito pelo contrário: além da eficácia duvidosa, a pena causa transtornos físicos e psíquicos àqueles a ela submetidos.

É cediça a proibição de compulsoriedade a qualquer pessoa para que sirva de cobaia a qualquer tipo procedimento médico. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de que é signatário o Brasil, proíbe de forma literal em seu art. 7º qualquer tipo de experiência médica não devidamente testada, sem qualquer exceção, mesmo com pessoa custodiada pelo Estado:

Art. 7º - Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

Portanto, antes mesmo de verificar sua aceitabilidade, teria de ser comprovada sua eficácia por meio de estudos científicos reiterados com alto grau de confiabilidade, o que não é o caso.

Marcelo Caixeta, da Associação Brasileira de Psiquiatria, ao tratar do tema, esclarece que há doenças psiquiátricas que podem cursar com comportamentos pedófilos, como em casos de bipolares, hiperativos, esquizofrênicos, dementes, lesionados frontais, autistas, epiléticos, etc. Segundo ele,

Para cada uma destas doenças, o tratamento é diferente e o tratamento de base não é a castração química, é o tratamento da doença geradora do comportamento. Essas doenças mentais acima têm um tratamento específico e que não envolve primariamente a “castração química” (esta última nada mais é do que o uso de medicamentos, de vários tipos, várias classes farmacológicas, que inibem o desejo sexual, inibindo a ação ou a produção de

testosterona, o hormônio sexual - este efeito é revertido tão logo a medicação é suspensa)<sup>165</sup>.

Continua o psiquiatra a esclarecer as diferentes facetas deste distúrbio em casos de pedofilia. Subdividem-se os abusadores em molestadores, aqueles que não cometem violência sexual (ex.: carícias, pornografia etc.) e os molestadores (que, de fato, cometem violência sexual).

Ele finaliza por dizer que não há no serviço público psiquiatras especializados, e que representaria alto custo tanto a compra dos remédios quanto o controle dos apenados.

#### 4.3 Criminológica

Há várias concepções de direito penal. As *substancialistas* são as que, para a concepção do delito, consideram elementos extrajurídicos, tais quais os de tipo moral, social, natural, e outros de caráter ontológico. Forma-se uma outra concepção de delito, agregada à concepção legal. Autores como Pellegrino Rossi e Bettiol fazem parte da *teoria moralista*, e outros como Jhering e Liszt compartilham a visão *teleológica* do delito. Esta concepção relaciona-se mais com o ponto de vista da legitimação externa do direito<sup>166</sup>.

As doutrinas que adotam a visão de inter-relação entre delito e pecado têm traços de *doutrinas correccionalistas* da pena como técnica de prevenção especial. Estas doutrinas geram modelos de legalidade atenuada que permite, por exemplo, analogias *in malam parte*, já que envolvem análise do caráter do réu, de sua periculosidade e de medidas preventivas.

Este último tipo de doutrina já gerou sistemas totalitários, como o nazista do tipo de autor, que relacionava o delito a mera consequência de personalidade anti-social do réu, e doutrinas soviético-estalinista, de combate a elementos subjetivos da personalidade que pudessem colocar em perigo o Estado soviético.

---

<sup>165</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSQUIATRIA. Fonte: <<http://www.abpbrasil.org.br/medicos/clipping/exibClipping/?clipping=10438>>, Acesso em: 18 de out. de 2009.

<sup>166</sup> FERRAJOLI, p. 347.

As doutrinas que valorizam o substancialismo do elemento subjetivo do delito, segundo Ferrajoli:

(...) costumam estar associadas às doutrinas pedagógicas da emenda ou às terapêuticas do tratamento curativo, que apontam sobretudo para a prevenção especial positiva; enquanto as baseadas na relevância atribuída à materialidade do elemento objetivo e, particularmente, na periculosidade, costumam estar associadas às doutrinas de defesa social, as quais se orientam sobretudo para a prevenção especial negativa<sup>167</sup>.

Deve-se harmonizar tanto a teoria substancialista quanto a legalista do direito penal.

Ainda consoante Ferrajoli,

(...) caso se possa exigir da pessoa que não seja de uma determinada forma, pode-se exigir, também, que se transforme na forma desejada. Trata-se de um utilitarismo, *ex parte principis*, intrinsecamente antiliberal, homologante, inclinado a modelos de direito penal máximo, ilimitado na prática e normalmente vinculado a visões organicistas e terapêuticas do sistema social, como um corpo são, cujas partes com infecção ou doentes devam ser curadas ou, então, amputadas.<sup>168</sup>

Portanto, sob o ponto de vista criminológico, deve haver uma ponderação entre as teorias substancialistas e correcionistas do direito penal, de maneira que não sejam criadas formas de punição decorrente da simples condição do autor.

Desta maneira, teorias decorrentes do Direito Penal do Autor, que mitigam direitos fundamentais em nome de interesses coletivos, devem ser refutadas, pois sua utilização em conjunto com teorias correcionistas poderia gerar Estados totalitários.

---

<sup>167</sup> FERRAJOLI, p. 347.

<sup>168</sup> FERRAJOLI, p. 464-5.

## CONCLUSÃO

É inequívoco que infratores de quaisquer tipos de crimes sexuais devem ser punidos, com a aplicação de penalidades que estejam condizentes com os preceitos constitucionais e infralegais. Merece destaque o alcance global que certos crimes, entre eles a pedofilia, têm adquirido com a facilitação das comunicações, por meio da internet.

A prevenção extrapenal é uma das etapas anteriores ao crime que devem ser levadas em consideração para que diminua a sua incidência. Um exemplo valioso é a campanha *Todos contra a pedofilia*<sup>169</sup>, responsável por variados canais de comunicação e delação anônima de tais práticas. Ela prevê a realização de palestras, veiculação de campanhas de rádio, entre outras, que esclarecem a população acerca de maneiras de evitar e facilitar a punição dos culpados, que geralmente estão no seio da própria família.

Desta maneira,

o indivíduo encontra-se no centro do direito penal, sendo um fim, e não meio ou coisa. Assim, a pena não pode ser cruel ou desumana, e a dignidade da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à quantidade e à qualidade da pena; isto significa que cada pena qualitativa ou quantitativa superior àquela suficiente à tutela de determinado bem jurídico pode ser considerada lesiva à própria dignidade humana.<sup>170</sup>

O sistema penal posto em prática está deslegitimado, pois não cumpre suas funções. Admitir a inclusão de mais um tipo de pena afrontadora de direitos humanos<sup>171</sup> sem viabilidade econômica e comprovação de eficácia só servirá para aumentar sua deslegitimidade.

A previsão deste tipo de pena também poria em risco o atual sistema constitucional. Em questões formais, admitir a incorporação deste tipo de pena transformaria a CRFB/88 em flexível, já que modificável por lei ordinária, bem como uma afronta à proibição de retrocesso do art. 60, §4º, da Carta Magna. Isto sem citar as afrontas infralegais.

---

<sup>169</sup> Com site próprio: <<http://www.todoscontraapedofilia.com.br/site/>>. Acesso em 20 de out. de 2009.

<sup>170</sup> GOMES, 2003, p. 181.

<sup>171</sup> Embora teoricamente respeitadoras dos direitos humanos, o cumprimento das atuais penas restritivas de liberdade em presídios configura-se verdadeira tortura, dada a precariedade dos estabelecimentos.

Além disso, no que tange à limitação dos direitos fundamentais, deve-se chegar a uma concepção intermediária entre a integral adesão a teoria interna e a infundável limitação possibilitada pela teoria externa. Por isso,

os limites imanentes pressupõem uma tal interpretação das normas jusfundamentais que permita, desde logo, a limitação do âmbito de proteção da norma, dele excluindo aquelas hipóteses fáticas incompatíveis ainda que não expressamente ressalvada na definição textual do direito.<sup>172</sup>

O controle social, derivado do que Max Weber denominava na obra *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva* como monopólio da força legítima, tem em seu seio mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo a modelos e normas comunitárias. Com a modernização dos meios de comunicação, houve o fim do comunitarismo, segundo Bauman, para quem, após este fenômeno, surgiram comunidades estéticas, de frágil vínculo. Esta fragilização do controle social dá ensejo ao recrudescimento do controle formal, seletivo e discriminatório.

Segundo Francisco de Assis Toledo,

O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais. (...) Essa concepção do direito penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante de nossos dias<sup>173</sup>.

Portanto, a admissão sem qualquer tipo de garantia quanto ao respeito aos direitos humanos e legislação, bem como à eficácia do método, exigem cautela na análise de soluções imediatistas a crimes. A sociedade deve debater seu papel na prevenção a este tipo de delito conjuntamente com o Estado e representantes do setor médico, para que haja diminuição de incidência e aumento de reabilitação, bem como respeito integral a direitos fundamentalíssimos e à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

---

<sup>172</sup> DE FREITAS, p. 87.

<sup>173</sup> TOLEDO, p. 5.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jose Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION. Disponível em: < <http://www.aclu.org/>>. Acesso em: 1º de março de 2009.

ASSEMBLEIA NACIONAL FRANCESA. Fonte: <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion0203.asp>>. Acesso em 20 ou. 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. Fonte: <<http://www.abpbrasil.org.br/medicos/clipping/exibClipping/?clipping=10438>>. Acesso em: 18 de out. de 2009.

ÁVILA, Humberto. 2009. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renan, 2002.

BARROSO, José Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 4. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11a Ed., São Paulo: Malheiros, 2001

BASTO, Lupi André Lipp Pinto. *A aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil a partir da EC 45/2004*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.95, n.847, p. 11-24, maio, 2006.

BEDIN, Gilmar Antônio. 2002. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: Unijuí, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Internacionalização dos direitos do homem*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION. *Elite slavery*. Fonte: <[http://www.bbc.co.uk/religion/religions/islam/history/slavery\\_6.shtml](http://www.bbc.co.uk/religion/religions/islam/history/slavery_6.shtml)>. Acesso em 07 out. 2009.

BRUNO, Aníbal. 1967. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CABLE NEWS NETWORK. *Castración química para violadores*. Fonte: <<http://www.cnnexpansion.com/actualidad/2007/11/14/proponen-el-castro-quimico-a-violadores>>. Acesso em: 30 out. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Fonte: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em 30 de out. de 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 1998. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder,. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm)>. Acesso em: 18 de maio de 2008.

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/doc\\_penas.php](http://www.onu-brasil.org.br/doc_penas.php)>. Acesso em: 1º de Março de 2009.

CORREA, Darcisio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3. ed Ijuí: UNIJUI, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

DE OLIVEIRA, Sérgio Marcelino. *A próstata ventral do gerbilo frente as diferentes formas de castração e subsequente reposição hormonal pela testosterona*. Fonte: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000374265>>. Acesso em 23 out. 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 12 de out. de 2009.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: A infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil*. São Paulo: Ática, 1993.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. 2008. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



EL PAÍS. *Castrar a violadores o no*. Fonte: <[http://www.elpais.com/articulo/espana/Castrar/violadores/elpepuesp/20070826elpepinac\\_9/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Castrar/violadores/elpepuesp/20070826elpepinac_9/Tes)>. Acesso em 20 out. 2009.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FILHO, Aldy Mello de Araújo. *A evolução dos direitos humanos: evolução e perspectivas*. São Luís: Edufma, 1998.

DE FREITAS, Fernando Calil. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. 2002. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

GIORGI, Tânia Giandoni Wolkof. *Princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v.15, n.59, p. 247-268, abr./jun., 2007.

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García Pablos de. *Criminologia : introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Características do Moderno Direito Penal in Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, 2003.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS, 2006.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LAFER, Celso. *Os direitos humanos no plano internacional: reflexões em torno da 52a. Sessão (1996) da CDH da ONU*, in Luiz Olavo Baptista & José Roberto Franco da Fonseca (coords.): *O direito internacional no terceiro milênio*. São Paulo, LTr, 1996, p. 635-643.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Campinas: Russel, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MACCALOZ, Salette Maria. *Globalização, Neoliberalismo e Direitos Sociais*. Rio de Janeiro, Destaque, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e Cidadania à luz do Direito Internacional*. São Paulo: Minelli, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2002

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NEVES, Paulo Sérgio da Costa. *Direitos Humanos e Cidadania Simbólica no Brasil*. In: *Direitos Humanos Os Desafios do Século XXI Uma abordagem interdisciplinar*. Organizadro Rubens Pinto Lyra. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Almir. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PACHECO, Alberto. *A regisração vocal no séc. XVIII e XIX e suas conseqüências na prática interpretativa*. Fonte: <<http://www.musica.ufg.br/mestrado/anais/anais%20do%20II%20SNPPM/artigos/Alberto%20Pacheco-Artigo%20.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, Luiz Regis, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal. Parte Geral e especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROLIM, Marcos. *Direitos Humanos e Civilização*. In *Direitos Humanos Os Desafios do Século XXI Uma abordagem Interdisciplinar*. Organização Rubens Pinto Lyra Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ROUANET, Sergio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das letras, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENADO FEDERAL. Fonte: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 30 de out. de 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

SPALDING, Lary Helm. *Florida's 1997 Chemical Castration Law: a return to the dark ages*. Fonte: <<http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/frames/252/spalfram.html>>. Acesso em 20 out. 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SROUGI, Miguel. *Câncer da próstata: uma opinião médica*. Fonte: <<http://www.uronline.unifesp.br/uronline/ed1098/caprostata.htm>>. Acesso em 23 out. 2009.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

THE GUARDIAN. *Poland's chemical castration debate*. Fonte: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/oct/13/poland-chemical-castration-sex-offenders>>. Acesso em: 23 out. 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. San José de Costa Rica/Brasília, D.F.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

\_\_\_\_\_. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1978.

USA Today: *Castration often fails to halt offenders*. Fonte: <<http://www.usatoday.com/news/opinion/columnists/wickham/2001-09-04-wickham.htm>>. Acesso em 12 de out. de 2009.

WELZEL, Hans. *Direito penal*. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais.

## **APÊNDICE A**

### **Projeto de Lei nº 4.399, de 2008, da Deputada federal Marina Maggesi**

Acresce o artigo 223-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – para permitir a castração química na recuperação de pedófilos reincidentes.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal – passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 223-A:

“Art. 223-A Considera-se crime de pedofilia a prática de quaisquer dos crimes previstos nos Capítulos deste Título VI quando praticados contra criança desde que, entre o agente e a vítima haja um diferença de, pelo menos, 5 (cinco) anos.

§ 1º. Sem prejuízo dos demais requisitos estabelecidos nos artigos 34 a 36 e 83 desta Lei, os condenados pela primeira vez pelo crime de pedofilia, só farão jus à progressão de regime e ao livramento condicional se assinarem termo de ajustamento de conduta em que se comprometam a se submeter a um tratamento psiquiátrico, estando ciente da castração química em caso de eventual reincidência.

§ 2º. A reincidência na condenação por pedofilia implicará administração de castração química, acompanhada por junta médica oficial, que elaborará laudos periódicos sobre a receptividade do organismo do condenado quanto aos hormônios inoculados, sem prejuízo da aplicação concomitante das demais sanções penais cabíveis.” (NR)

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **APÊNDICE B**

### **Projeto de Lei nº 7.021, de 2002, do Deputado federal Wigberto Tartuce**

Modifica os arts. 213 e 214 do Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os arts 213 e 214 do Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – castração, através da utilização de recursos químicos.”

“Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Pena – castração, através da utilização de recurso químicos.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

## **APÊNDICE C**

### **Projeto de Lei do Senado nº 552, de 2007, do Senador Gerson Camata**

Acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica acrescido ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, o art. 226-A:

Art. 226-A. Nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças, fica cominada a pena de castração química.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



## **APÊNDICE D**

### **Proposta de Emenda Constitucional nº 590, de 1998, da Deputada federal Maria Valadão**

Acrescenta a alínea “e” do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, expressão prevendo a pena de castração para autores reincidentes específicos do crime de pedofilia come estupro.

Às mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, a seguinte expressão:

“Art. 5º: .....

XLVII - .....

e – cruéis, “exceto castração, através da utilização de recursos químicos, para autores reincidentes específicos de crimes de pedofilia com estupro”.

Parágrafo único. A relação de parentesco com a vítima agrava a pena para aplicação sumária, independente de reincidência.