Universidade Católica de Brasília

Pró-Reitoria de Graduação
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

UMA ANÁLISE DA PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Autor: Fernanda de Sousa Marques

Orientador: Prof. Dra. Soraia da Rosa Mendes

Brasília - DF
2012

FERNANDA DE SOUSA MARQUES

UMA ANÁLISE DA PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Artigo apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes

Brasília
2012

Dedico este trabalho primeiramente à minha família, pois confiaram em mim e me deram esta oportunidade de concretizar e encerrar mais uma caminhada da minha vida. Sei que vocês não mediram esforços pra que este sonho se realizasse. Sem a compreensão, ajuda e confiança de vocês nada disso seria possível hoje. A vocês além da dedicatória desta conquista dedico a minha vida.

Dedico ainda este trabalho as pessoas que lutam diariamente ao meu lado, transmitindo fé, amor, alegria, determinação, paciência, e coragem, tornando os meus dias mais felizes e significativos.

Todos os atos da nossa vontade são proporcionais à força das impressões sensíveis que os causam, e a sensibilidade de todo homem é limitada. Ora, se a impressão da dor se torna muito forte para ocupar todo o poder da alma, ela não deixa a quem a sofre nenhuma outra atividade que exercer senão tomar, no momento, a via mais curta para evitar os tormentos atuais. [**Cesare Beccaria**]

UMA ANÁLISE DA PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FERNANDA DE SOUSA MARQUES

Sumário: Introdução; 1. O que é a castração química; 2. A ação do legislador e o processo de criminalização; 2.1. O processo de criminalização primária e secundária; 3. A pena de castração química e o direito penal do inimigo; 3.1. Velocidades do direito penal; 4. A pena de castração química e a teoria do garantismo penal de Ferrajoli; 5. A pena de castração química frente ao ordenamento jurídico brasileiro; 5.1. A afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana; 5.2. A inconstitucionalidade da pena de castração química em face da atual ordem constitucional pátria; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo inicia uma reflexão, por meio de subsídios teóricos, capazes de ensejar uma análise da polêmica existente ao que tange à pena de castração química frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Existe hoje no Brasil acentuada discussão sobre a aplicabilidade desse tipo de pena aos autores de delitos sexuais, em especial aos pedófilos, ensejando diversas vezes a propositura de Projetos de Lei que inserissem esse tipo de sanção em nosso arcabouço penal. Entretanto, buscou-se demonstrar que a pena de castração química é uma vertente da corrente extremista de Jakobs, conhecida como direito penal do inimigo; um total retrocesso aos tempos arcaicos da Idade Média. Além disso, se buscou comprovar a total incompatibilidade desta penalização em detrimento do ordenamento jurídico vigente, fazendo-se um contraponto entre a Teoria do garantismo penal de Ferrajoli, a Constituição Federal de 1988, o Pacto de San Jose da Costa Rica, o Código Penal dentre outras, a fim de demonstrar a incompatibilidade de tal medida no atual contexto constitucional. Merecendo destaque a imperatividade dos princípios constitucionais garantidores, como os que vedam as penas cruéis e degradantes, os que exaltam o direito penal de intervenção mínima e os que protegem a dignidade do ser humano.

Palavras-chave: Pena. Castração Química. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Princípios Constitucionais.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo abordará o tema castração química de pessoas condenadas por delitos sexuais em detrimento dos princípios e garantias estatuídos pela Constituição Federal, em especial, o da dignidade da pessoa humana. O texto desenvolvido ainda levará em consideração as vedações legais, referentes ao direito penal, insculpidos nos direitos e garantias fundamentais.

O tema castração química é de extrema relevância e muito controverso, tendo em vista os diversos pontos de vista sobre a matéria, que envolve várias disciplinas do saber, entre elas, a ética, a medicina e o direito.

Neste estudo, o enfoque principal será a demonstração da inconstitucionalidade desse tipo de sanção, não simplesmente alegando que tal modalidade de punição fere princípios constitucionais, mas por meio de um debate jurídico-filosófico, no qual será possível demonstrar que, além de inconstitucional, a admissão da pena de castração química no direito brasileiro é totalmente inviável, indo de encontro às propostas garantistas do direito penal moderno.

Trata-se de assunto pertinente, pois mesmo tendo considerável aceitação e aplicabilidade no estrangeiro, no Brasil a castração química ainda é pouco conhecida, sendo escassa ou quase inexistente a doutrina que aborde tal discussão. Entretanto, já passaram pelo Congresso Nacional várias propostas legislativas no intuito de inserir de castração química como nova modalidade de pena. Todavia, os projetos foram barrados e arquivados após forte pressão dos setores sociais vinculados ao direito penal, por se tratar de medida de total afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como em contradição às perspectivas de um Estado democrático de direito.

A pena de castração química tem sido alternativa em alguns países como forma de reprimenda aos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. A comoção e revolta popular, por meio de apelos de relevante valor social, moral e cultural, exigem dos representantes políticos posições quanto à punição dos criminosos condenados por crimes sexuais. No entanto, a solução para tal celeuma vai muito mais do que a aplicação de uma pena mais severa. Com isso, pretendemos demonstrar que a inserção da pena de castração química no ordenamento jurídico brasileiro vai de encontro não só das normas constitucionais, mas também de tratados e de normas infraconstitucionais. Isso, porque, para coibir a ação desses criminosos não basta a aplicação de uma pena nestes moldes, mas é preciso, antes disso, que seja feita uma análise da recepção desse instituto pelas normas que regem o direito brasileiro.

Nesse diapasão, é inevitável não observar essa discussão do ponto de vista Constitucional sob uma consolidada visão do Garantismo, até porque, é por conta disso que diversas controvérsias têm sido levantadas. Importante ressaltar, acima de tudo, que os projetos de leis que trazem como proposta esta modalidade de pena deixaram de levar em consideração preceitos e garantias fundamentais defendidos pela nossa Carta Política, e que dão sustentação ao Estado democrático de direito.

Sendo assim foi fundamental ter como alicerce nesse estudo os princípios do direito constitucional e do direito penal, além de levar em conta aspectos sociais, fazendo ainda uma comparação entre a Teoria do garantismo penal e o direito penal do inimigo, exaltando o posicionamento progressista. Tendo como objetivo demonstrar se existe ou não a possibilidade de nosso ordenamento jurídico acolher esse tipo de sanção para aqueles que cometeram delitos de ordem sexual.

O estudo é importante por diversos fatores, entre os quais o fato de a pena de castração química já ter sido alvo de propostas legislativas por diversas vezes, o que vai de encontro à ideia que existe do Brasil como um Estado democrático de direito. Além disso, a produção acadêmica que se destina a debater tal assunto ainda é escassa em nosso país, principalmente quando buscamos referenciais bibliográficos que deem sustentação a esse tipo de discussão. Portanto, o presente artigo poderá servir de suporte para o melhor entendimento do tema, por meio de uma visão jusfilosófica e atual.

Para tanto buscamos inicialmente caracterizar a pena de castração química como uma vertente da corrente extremista de Gunther Jakobs e o direito penal do inimigo, em seguida fazendo um contraste com as ideias do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Por fim, demonstramos o que de fato este estudo pretende, ou seja, delimitar algumas das barreiras que a pena de castração enfrenta em nosso ordenamento jurídico.

1 CONCEITO DE CASTRAÇÃO QUÍMICA

Nos últimos anos, a pena de castração química para autores de crimes sexuais tem sido tema de grandes polêmicas na seara jurídica nacional e internacional. Devido ao sensacionalismo que se criou em torno dessa matéria, antes de qualquer posicionamento, é imprescindível definir em que consiste a castração química e como ela se originou. Para, posteriormente analisarmos e demonstrarmos o viés de inconstitucionalidade e de total afronta ao Estado Democrático de Direito[1] que essa pena traz em seu bojo.

Abrindo um pequeno parêntese, entenda-se que o sensacionalismo além de caracterizado pelo apelo emotivo e pelo uso de imagens chocantes na cobertura de um fato também se caracteriza pela capacidade de induzir o telespectador a prender-se a fatos em sua maioria distorcidos trazendo para si uma realidade irreal e alterada do cotidiano. A mídia sensacionalista expõe programas e jornais em que se divulgam a violência, revelam-se bandidos e o erro dos outros em troca de audiência.

Se a discussão acerca da castração química é, relativamente recente, o mesmo não se pode dizer da utilização da castração como castigo no decurso da História, bastando citar que na antiguidade esse era um método de humilhação aos vencidos em guerras. Zaffaroni e Pierangeli[2] citam a castração na China e no Egito Antigo como punição para estupro.

Dito isso, é necessário que se faça uma abordagem da evolução histórica da pena, não sem antes conceituá-la. Shecaira e Corrêa Júnior[3] aduzem que a pena criminal deve ser entendida como conseqüência jurídica da infração penal, considerando-se como limite a dignidade da pessoa humana.

---

[1] O Estado de Direito possui os seguintes aspectos fundamentais: “a) está afastada, desde logo, qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado, que não é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competências do Estado de Direito; b) os objetivos e as tarefas do Estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança as pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos; c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.” (MENDES, Gilmar Ferreria; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64).

[2] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol. I, 7. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

[3] SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 476.

Assim, ao considerar o viés histórico do tema, ensina Greco[4]:

> [...] a partir do século XVIII [...] é que foram iniciadas as maiores transformações no que diz respeito à qualidade das penas. No final do século XVIII e início do século XIX, começa a haver uma modificação da postura adotada, onde o corpo do condenado é que tinha que sofrer pelo mal por ele produzido. [...] Começava, portanto, a transição das penas aflitivas, corporais, para a pena privativa de liberdade. Mesmo em se tratando de penas privativas de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve orientar toda a atividade legislativa do Estado, não poderá deixar de ser observado.

As penas privativas de liberdade, segundo os fundamentos do Sistema Penal, têm, como maiores pretensões, as funções de intimidar os membros da sociedade para não cometerem novos delitos, além de promover a recuperação e, principalmente, a ressocialização dos condenados. Ou seja, de cumprir com as tarefas da prevenção geral e especial.

Na ótica da prevenção especial, pode-se verificar que o direito penal, ao submeter um indivíduo a uma sanção por um crime que ele cometeu, pretende evitar que esse indivíduo volte a cometer novos crimes. Ou porque esse indivíduo é segregado, isto é, enquanto está a cumprir pena não tem a impossibilidade de reincidir; ou então, já não assente na ideia de segregação, mas numa ideia de regeneração, de recuperação ou de ressocialização, através de um tratamento que lhe será submetido no âmbito do cumprimento da pena.

Já no que diz respeito à teoria da prevenção geral, verifica-se que o direito penal é chamado a retribuir um crime, mas é concebido com uma ideia de prevenir. O objetivo da pena é essencialmente exercer uma influência na comunidade geral.

Em contribuição a este entendimento, Zaffaroni[5] afirma:

> Conforme opiniões mais generalizadas atualmente, a pena, entendida como prevenção geral, deve ser retribuição, enquanto, entendida como prevenção especial, deve ser *reeducação* e *ressocialização*. A retribuição deve devolver ao delinquente o mal que causou socialmente, enquanto a reeducação e a ressocialização devem prepará-lo para que não volte a reincidir no delito.

A intimidação pela condenação se dá por meio da dissuasão, em mecanismo de retribuição, da subsequente aplicação da pena ao cometimento da conduta delituosa. Neste sentido, a pena tem função de castigo e de afirmação do poder punitivo do Estado, além de dar ensejo aos ânimos vingativos da sociedade.[6]

Segundo Foucault[7], a pena teria, ainda, a capacidade de reforçar a validade das leis penais, ao submeter o infrator às sanções previstas para seu crime. Todavia, a prisão remete a "exercícios, e não sinais: horários, distribuição do tempo, movimentos obrigatórios, atividades regulares, meditação solitária, trabalho em comum, silêncio, aplicação, respeito, bons hábitos".

---

[4] GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2005.

[5] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol. I, 7. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

[6] SILVA JÚNIOR, Antenor Costa. **Castração Química x Dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/castracao-quimica-x-dignidade-da-pessoa-humana/43307/>. Acesso em: 20 mai. 2012.

[7] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

A pena de castração química, provavelmente, originou-se nos Estados Unidos da América, por volta de 1996. Esse procedimento era realizado com a injeção de uma substância que destruía as válvulas que controlam a entrada e saída de sangue nos corpos cavernosos do pênis, impedindo sua ereção, de modo irreversível. Porém, com essa medida o *sex ofender* continuaria a ter impulsos anormais de forma compulsiva, o que demonstraria sua eficácia parcial, pois não é somente com o pênis que alguém pode molestar.[8]

No entendimento de Cabral, a pena de castração química consiste na aplicação de hormônios que inibem o desejo sexual. A Califórnia foi o primeiro estado a utilizá-la. Atualmente, os estados da Geórgia, Montana, Oregon e Wisconsin admitem apenas o uso da castração química; enquanto que a Flórida, Califórnia e Louisiana admitem duas modalidades, a química e a cirúrgica voluntária. Já o Texas admite apenas a última.[9]

Atualmente o conceito de castração química é de que este seja um tratamento feito, basicamente, por meio da administração de doses periódicas e frequentes, geralmente diárias, de versões sintéticas do hormônio feminino progesterona, como *levonorgestrel*, o *gestodeno* ou o *enanteto denorestiterona*, além de uma pequena quantidade de *estrogênio* sintético. As doses diárias são receitadas e ministradas por um médico especialista, após um minucioso diagnóstico clínico, e seus efeitos são reversíveis.

Segundo Aguiar, a castração química consiste na aplicação de hormônios femininos, entre os quais se cita o *acetato de medroxiprogesterona*, que reduzem drasticamente o nível de testosterona do indivíduo, de maneira que seus efeitos só perduram enquanto durar o tratamento, ou seja, tratam-se de procedimentos reversíveis.[10]

A seu turno, Heide[11], ao analisar as bases científicas da castração química faz um apanhado da evolução desse método, desde a injeção de uma substância que destruiria as válvulas que controlam a entrada e saída de sangue no pênis, impedindo sua ereção, até a mais aceita atualmente, que é a aplicação do medicamento *Depo-Provera* (*acetato de medroxiprogesterona*), que inibe a produção de testosterona, causando a redução do apetite sexual compulsivo dos criminosos sexuais.

A título de esclarecimento, Heide ainda revela alguns dos efeitos colaterais provenientes da aplicação do *Depo-Provera*, que são depressão, diabetes, fadiga crônica, alterações na coagulação sanguínea, dentre outros. Tais fatores servem para caracterizar esse tipo de pena como cruel, desumana e desproporcional, conforme veremos a diante.

Ao contrário do que acontece em alguns países, onde a pena de castração química é permitida, por meio de fármacos inibidores de libido, como pena a ser aplicada aos criminosos sexuais, principalmente para pedófilos, no Brasil não há

---

[8] WUNDERLICH, Alberto; FERNANDES, Márcio Borba**. Castração Química: Uma visão constitucional**. Guaíba: Sob Medida, 2012.)

[9] CABRAL, Bruno Fontenele. **Discussão sobre a constitucionalidade da castração química de criminosos sexuais no Direito Norte-Americano**. Disponível em:<http://jusvi.com/artigos/43525>. Acesso em: 17 mai. 2012.

[10] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O "direito" do condenado à castração química**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10613> Acesso em: 18 mai. 2012.

[11] HEIDE, Márcio Pecego. **Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9823>. Acesso em: 19 maio 2012.

espaço para essa espécie de sanção. É o que deixaremos demonstrado ao longo da discussão que se segue.

2 O PAPEL DO LEGISLADOR NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Importante destacar que o crime acompanha a sociedade desde sua formação. Condutas reprováveis foram punidas das mais diversas formas no caminhar da humanidade. O homem já respondeu por seus erros das mais diversas formas, inclusive com penas capitais.

Com a visão voltada ao que aqui se discute, sabemos que o processo de castração pode ser físico ou químico. Consoante Heide[12], a modalidade física compreende a simples remoção dos órgãos reprodutores, possuindo como característica marcante a irreversibilidade e a permanente incapacitação do indivíduo. A castração física já foi pena imposta aos delitos mais diversos, principalmente como punição para os crimes sexuais. Já a castração química já foi aqui delimitada, e vale lembrar que trata-se da busca pela diminuição da reincidência de criminosos sexuais, por meio a aplicação de medicamentos redutores da libido.

Teorias surgem, ressurgem e se insurgem nessa realidade do crime, mostrando um processo dinâmico de análise da sociedade, e consequentemente, buscando soluções imediatas para estas celeumas.

A sociedade da era da tecnologia tem sido assolada por diversas práticas delituosas e cada vez em maior volume. Dentre os crimes possíveis, os delitos sexuais, nas suas diversas vertentes, do estupro à pedofilia, causam grande repulsa. Inclusive, se sabe que mesmo a "comunidade" carcerária tem seu próprio "código" para tratar dos autores de tais crimes.

Com a realidade inquestionável da conjuntura atual e indesejável pela sociedade, o crime figura em arraigados momentos de discussão. Muitas vezes as soluções surgem de forma desesperada, num apelo angustiado da sociedade. É aí que percebemos a necessidade e oportunidade de discutir essas soluções e apelos.

Inicialmente podemos ressaltar que é dever e prerrogativa do Estado manter a ordem social em seu território, por meio do controle social. A proteção real da sociedade é atribuição intrinsecamente ligada à própria razão de ser do Estado. E nem poderia ser diferente, posto que se o Estado não se prestasse à garantia da segurança do indivíduo, teríamos um caos social, com o império da lei do mais forte e não haveria ambiente para a vida em sociedade nos moldes atuais.

A Excelentíssima Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, já afirmou em análise de Recurso Extraordinário que: "O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço". (RE 559.646-AgR, Rel. Min.Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, *DJE* de 24-6-2011.)

---

[12] HEIDE, Márcio Pecego. **Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9823>. Acesso em: 19 maio 2012.

Para Molina[13,] controle social é o "conjunto de instituições, estratégias e sanções penais que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos moldes e normas comunitários".

Sobre o controle social Zaffaroni[14] afirma que:

> O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura formal de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se controla socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre os grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não debilitar-se (mesmo na sociedade de castas, os membros das mais privilegiadas não podem casar-se com aqueles pertencentes a castas inferiores).

Assim o Estado não pode se afastar ou se eximir dessa sua obrigação primária de garantir a segurança de todos os que nele se encontrarem. Desta forma, partimos à análise da postura daqueles responsáveis em criar as normas legais que vigoram em nosso ordenamento, os "representantes do povo".

Aliando-se ao fator de comoção popular e do apelo daqueles que sofreram ou tiveram um ente querido vítima de um criminoso sexual, alguns parlamentares servindo-se de tal situação, até mesmo como uma prática populista e justiceira, propuseram a inserção da pena de castração química no ordenamento penal brasileiro, por meio de projetos de lei.

É nítido que o direito penal da atualidade reveste-se de um lado apelativo, muitas vezes explorado pela mídia. Trata-se de um discurso arraigado de emoção e até promocional quando se vê que é fundamental a projeção da dor e do sofrimento da vítima e seus familiares. Dessa forma, o direito penal surge como solução para eliminar o delinquente, e o político, num apelo midiático, o apresenta como o primeiro remédio para isso.

Nas palavras de Alberto Silva Franco, no Prefácio da obra de Zaffaroni e Pierangeli, vemos a crítica sobre a atual ordem vigente:

> Faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renuncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora da moda, em desuso. A palavra de ordem, gora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica.[15]

---

[13] MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed.,2002.

[14] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª. Ed. Ver. e atual.,2001, p. 62.

[15] , Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª. Ed. Ver. e atual.,2001, p. 19.

Nesse sentido, o tema castração química já foi alvo de diversas propostas legislativas, no intuito de inserir no ordenamento jurídico pátrio essa nova modalidade de sanção penal. No Brasil, o projeto de castração química, mais recente, é de relatoria do senador Marcelo Crivela (PRB), e tramitou sob número 552/2007[16]. Apesar de grande aceitação por parcelas da sociedade, tal medida, além de desproporcional e violadora da dignidade da pessoa humana, vai de encontro aos direitos fundamentais previsto na Constituição/88[17].

A sugestão foi repudiada por grande parte dos juristas e especialistas da matéria, que taxaram a ideia como um atraso para a humanidade, além de tratar-se de grave ofensa a nossa Magna Carta[18].

Nas palavras de Alexandre Barros, no Prefácio do livro de Laura Frade[19], temos que "o mais frequente é o Congresso votar leis para aumentar a severidade das penas, como se a ameaça – quase nunca cumprida – resolvesse o assunto".

Compartilhando das ideias de Barros, verificamos que as decisões do Congresso são no seguinte sentido: quando os parlamentares votam, eles somam pontos à sua probabilidade de reeleição. Isto porque, absurdamente, mede-se a eficiência dos parlamentares pelo número de lei que eles votam. Quanto mais leis eles aprovarem mais eficientes são considerados. A eficácia da lei e os custos dessas decisões pouco importam. É o que vemos com a proposta da inserção da pena de castração química no ordenamento penal brasileiro: a manutenção de determinado parlamentar e a garantia de sua reeleição.

Desta forma, verifica-se que o poder de dizer o que é crime e quais a condutas a serem criminalizadas está nas mãos de uma minoria, inclusive quando nos referimos à inserção de aberrações jurídicas como a castração química de autores de crimes sexuais.

Neste mesmo sentido Frade traz em sua obra:

> As instituições enquadram, dizem o que vale e o que não vale em sociedade e até no nível individual. As normas e sanções são estabelecidas a partir de um quadro de valores, que cobram determinado tipo de comportamento. E aqueles que não se enquadram, são considerados desviantes, marginais. A sociedade produz o medíocre e teme o diferente. Aprecia a rotina e a subserviência e parece não só não admitir como também não saber lidar com o que nela não se encaixa.[20]

Ora, apesar de o Estado ter o dever de manter a ordem social no âmbito de sua órbita territorial, ele esbarra em uma série de limitações constitucionais e legais que regem nosso ordenamento, os direitos e garantias dos cidadãos, assegurados em primeiro plano por nossa Magna Carta. E é aí que nos fortalecemos para deixar claro o desarranjo que seria a aplicação da pena de castração química.

---

[16] BRASIL, SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 552 de 2007. Proposto pelo Senador Gerson Camata em 18 set de 2007. Publicado no Diário do Senado Federal em 19 set 2007**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490>. Acesso em: 10 maio 2012.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set 2012.

[18] WUNDERLICH, Alberto. **Castração Química.** *Mente e Corpo***.** Porto Alegre, nº 22-24, out.-dez. 2006.

[19] FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão? - Visões do Parlamento brasileiro sobre a criminalidade**. 1ª Ed. Brasília:Líber Livro, 2008. p.8.

[20] Ibid., p. 32.

O que se sabe mesmo é que os parlamentares tomam suas decisões com base unicamente naquilo que é vinculado pela mídia. Deixando de lado os múltiplos estudos e teses que existem hoje em nosso país no que tange a Segurança Pública.

2.1 PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

Do que se viu até este momento pode-se chegar a duas conclusões: em primeiro lugar é o Estado que cria as condutas criminalizáveis. Em segundo lugar, deduz-se que, na verdade, não existem criminosos e sim criminalizados. Esse processo de criminalização pode ser dividido em dois: a criminalização primária e a secundária.

Segundo Zaffaroni[21], criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas e a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente. A primeira é realizada pelos legisladores e a segunda por agências estatais como Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário etc.

Essa distinção é imprescindível para a compreensão da dinâmica do sistema penal e como atua promovendo o controle social. A atuação da criminalização primária é mais limitada, pois ela se dá no processo de criação das condutas tipificadas, não tendo mobilidade nem poder para agir na sociedade e aplicar suas próprias criações. Já as agências da criminalização secundária têm uma atuação mais efetiva, real e eficaz. Elas são o verdadeiro instrumento de controle social.

Novamente, Zaffaroni esclarece:

> Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo seletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agencias políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária[22].

Essas duas agências são as que definem quem será criminalizado. Como a agência de criminalização secundaria é aquela que vai à busca, na sociedade, dos criminalizáveis, é ela quem efetivamente realiza o processo de controle social. O que se busca são fatos facilmente identificáveis como crime, cometidos por aqueles que têm menos poder de reação e com poucas possibilidades de se utilizar de meios para escapar ou esquivar-se da atuação do controle social.

É nesta órbita que podemos traçar um elo entre a atuação viciada do legislador, o qual define mecanismos de controle social, e a castração química utilizada como sanção. Assim temos a segregação do marginalizado, geralmente pobre, e a majoração de seu sofrimento por meio da atuação do legislativo e em contribuição a essa atuação a contribuição ou o agravante da criação de mais um tipo de pena, em total afronta aos axiomas constitucionais.

---

[21] ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003 vol. 1, p. 43.
[22] Ibid., p. 44.

3 REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA

O direito penal do Inimigo é uma teoria enunciada por Günther Jakobs, catedrático emérito do Direito Penal e Filosofia do Direito pela Universidade de Bonn, na Alemanha, o qual, desde 1985, se vale dos pensamentos de grandes filósofos como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant para sustentar suas teorias, buscando agregar valor e força aos seus argumentos.

O Direito Penal do inimigo surge num cenário pós-finalista, é o ápice das teorias maximalistas. Falamos aqui de um neorrealismo de esquerda. Nesse sentido, a função do Direito Penal seria unicamente reafirmar a vigência da norma, reafirma a autoridade do estado, sem que para tanto fosse necessário flexibilizar, ou melhor, abolir os direitos e garantias daquele que cometesse um delito e quebrasse o pacto social.

Basicamente, a teoria diferencia os indivíduos sociais que devem ser tidos como cidadãos, daqueles que precisam ser vistos como inimigos do Estado. Neste diapasão, o sujeito não é pessoa, mas inimigo, logo a relação que com ele se estabelece não é de direito, mas de guerra.

Podemos caracterizar o inimigo, segundo a teoria de Jaboks[23], como todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado. Aquele que se recusa a entrar num estado de cidadania não pode usufruir das prerrogativas inerentes ao conceito de pessoa. Se um indivíduo age dessa forma, não pode ser visto como alguém que cometeu um “erro”, mas como aquele que deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. O inimigo “quebra o contrato social”, oferecendo risco para a sociedade. Dessa forma, deve ser expulso sumariamente desta.

Jakobs afirma que o inimigo é um imputável perigoso, dando um nó no que temos e entendemos hoje como Direito Penal. Uma vez que o conceito de imputabilidade está ligado à ideia de culpabilidade e o de inimputabilidade está ligado ao de periculosidade. Ao afirmar isso, Jakobs, pretende que o inimigo não receba mais uma pena, mas, medida de segurança. Isso é um pensamento Lombrosiano, que vê o crime como doença e o criminoso como alguém que deva ser tratado como um “doente”.

Ainda nas palavras de Jakobs, os inimigos seriam criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em poucas palavras, conforme determina Luiz Flávio Gomes[24], é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. Seria aquele que comete delitos e permanece no cometimento desses, não se preocupa em corrigir seus comportamentos.

Conforme prega essa corrente doutrinária, o indivíduo que não aceitar às regras do Estado Democrático de Direito merece tratamento diferente. Ele não pretende ingressar na sociedade e nem exercer seus direitos de cidadania. Se não

---

[23] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, passim.

[24] GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 20 jun. 2012.

quer ser uma pessoa justa e íntegra, não pode desfrutar dos benefícios que um cidadão merece quando busca sua recuperação, tornando-se inimigo desse Estado.

Jakobs[25] afirma que "o Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo, é só coação física, até chegar à guerra".

Essa corrente doutrinária, que, registra-se, vem ganhando muitos adeptos no Brasil nos últimos tempos, tem por fundamentos filosóficos: (a) o inimigo, ao infringir as normas estabelecidas pelo Estado deixa de ser membro deste, logo deve ser combatido como tal; (b) e de forma muito parecida argumenta Fitche: quem abandona o contrato de cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

O raciocínio é simples, a todos aqueles que afrontarem as regras do Estado, que colocarem em risco a ordem jurídica, ser-lhes-á aplicado um conjunto de normas penais postergando os direitos fundamentais. Para Luis Flávio Gomes[26], quem sustenta o chamado direito penal do inimigo (que é uma espécie de "direito emergencial"), na verdade, pode ser caracterizado como um grande inimigo do direito penal garantista, porque ele representa um tipo de direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais acolhidos pelo Estado constitucional e democrático de direito.

Muito se discute acerca da legitimidade da teoria do direito penal do inimigo, lastreando-se especialmente no fundamento da dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos individuais, protegidos pela Carta Magna.

Mas esse "direito"- *sit venia verbo*- absurdamente constituído, ao afirmar que os inimigos não merecem a incidência dos direitos e garantias fundamentais, por não serem seres humanos, não se reveste de nenhuma legitimidade perante nosso ordenamento jurídico.

A pena de castração química demonstra estreita relação com o que conhecemos hoje de direito penal do inimigo. A definição desse tipo de pena em nosso ordenamento seria de retrocesso tal que tudo o que se construiu e desenvolveu na busca de um Estado garantista seria perdido, desperdiçado.

Independentemente da gravidade da conduta do agente, este há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como pessoa que praticou um crime, como um indivíduo detentor de direitos fundamentais, e não como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta por mais reprovável que seja não autoriza o Estado a tratar o ser humano se fosse um ser irracional. O infrator continua sendo um ser humano.

Verifica-se, assim, afronta aos princípios regentes de um Estado democrático de direito, todo o discurso garantista se perde, pois a teoria do direito penal do inimigo deturpa tudo o que se construiu na busca de um Estado garantista, dos direito humanos dos cidadãos.

Jakobs ainda afirma:

> 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

[25] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

[26] GOMES, Luis Flávio**. Munõz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em: mai. 2012.

> trecho para o âmbito da preparação, e apena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.[27]

A pena de castração química atende justamente aos aspectos e características do Direito Penal do inimigo de Jakobs. Com a aplicação desse tipo de sanção busca-se essencialmente afastar-se um perigo, o de reincidência do criminoso sexual. Quando se pretende conter a libido de determinado indivíduo, tendo em vista que este não cometa novos delitos sexuais, estamos de frente ao que esta doutrina diz ser o direito penal do autor, pois se busca punir o fato futuro. Deixa-se de punir a culpabilidade e passa-se a levar em consideração a periculosidade do suposto autor do fato, em detrimento do que vigora na maioria dos ordenamentos jurídico-penais da atualidade, inclusive no nosso.

Conforme visto anteriormente, a castração química foi adotada em muitas nações, como uma sanção, haja vista os casos de repercussão veiculados na mídia. Nesses países, consoante entendimento de Silveira, são frequentes o posicionamento e a interpretação de agressores sexuais como verdadeiros inimigos da sociedade, tornando aparentemente justificável a redução de seus direitos e garantias.[28]

Essa tendência justifica-se principalmente pela forma com que os meios de comunicação tratam os acontecimentos, com sensacionalismo e preconceito. A respeito disso mais uma vez nos recorremos ao posicionamento de Silveira: “A representação dos delitos sexuais na imprensa é visivelmente preconceituosa. [...] Justifica a punição do inimigo, na expressão jakobsiana, tido como agressor sexual”[29].

Silveira enfatiza a incompatibilidade da teoria de Jakobs com a situação apregoada pela nossa Carta Política, nos seguintes termos:

> Em que pesem os argumentos bem construídos da teoria de Jakobs, a restrição de garantias por ela dada é inaceitável. Não obstante a ideia de pessoa possa ser tida como simples construção social, a dignidade da pessoa humana é prévia e intrínseca ao próprio homem enquanto ser. Um Direito Penal do Inimigo dessa forma orientado, pondo-se o infrator em situação de guerra, não tem lugar em um Estado Democrático de Direito[30].

A admissão da cominação da pena de castração química para criminosos sexuais no Brasil seria uma adesão e uma afirmação escancarada do Funcionalismo Sistêmico de Jakobs, pregando que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma e só indiretamente tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais, abortando de vez a função essencial do Direito Penal em nossa órbita jurídica.

Enquanto o direito penal garantista tem por vertentes manter a vigilância da norma e mostra-se um direito penal repressivo, que se preocupa em punir os fatos criminosos; o direito penal do inimigo tem por finalidade o combate dos perigos, o qual se preocupa com a periculosidade do agente, preocupando-se em antecipar a tutela penal para punir atos preparatórios, bem como a aplicação de penas

---

[27] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.
[28] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 193.
[29] Ibid., p. 294.
[30] Ibid., p. 193.

desproporcionais. Enfim, o direito penal do cidadão é um direito de garantias; o direito penal do inimigo, um direito antigarantista.

3.1 A EXPANSÃO DO DIREIO PENAL: A PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO A TERCEIRA VELOCIDADE

Como vimos no capítulo acima, para o neorrealista de esquerda Günther Jakobs, o inimigo não seria uma pessoa, tampouco seria detentor de garantias penais e processuais. Adota-se um procedimento de guerra em detrimento do direito processual penal. O inimigo seria aquele que a política criminal assim determinasse, aquele escolhido pelo governante; punido pelo que é.

Neste enredo, verifica-se que o direito penal do inimigo está intimamente ligado à terceira velocidade do Direito Penal. Torna-se importante trazer à baila a teoria criada por Silva-Sanchez, seguimento do que ele passou a chamar de “expansão do Direito Penal”.

Para o renomado doutrinador, a terceira velocidade do direito penal significa a punição com base no autor e não no ato praticado. Contudo, atualmente, esta denominação ganhou maior destaque, devido à onda de terrorismo que assola o mundo. Desta maneira, determinados países começaram a adotar uma forma de punição bastante radical, na qual a maioria dos direito humanos é restringida de modo absoluto.

As velocidades são organizadas por Sanchez no que podemos chamar de três níveis ou modelos, quais sejam: as velocidades do direito penal. A primeira velocidade é caracterizada por configurar a pena de prisão por excelência, cominada com o respeito às garantias constitucionais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.); na segunda velocidade, as características são a de substituição da pena de prisão por pena alternativa (restritivas de direito), bem como a relativização das garantias penais e processuais penais (mitigação das garantias constitucionais); já a terceira velocidade, tem como características o resgate da pena de prisão por excelência somado à flexibilização das garantias penais e processuais penais, neste caso, verifica-se a junção de características das duas primeiras velocidades.

Ressalta-se que a terceira velocidade está intimamente ligada ao direito penal do inimigo, ao direito da exceção. Tratamos aqui do direito penal interventor, do que se chama de expansão do direito penal.

Nos dias de hoje já se fala em uma quarta velocidade do direito penal, o que seria conhecido como o neopunitivismo. Trata-se de algo realmente novo no ordenamento jurídico brasileiro, que está ligado ao direito internacional, à violação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos por parte dos Chefes de Estado. É importante lembrar que hoje no Brasil não há autor que comente a quarta velocidade do Direito Penal.

Na atualidade o fator de crise é a expansão do direito penal no contexto da denominada “sociedade do risco”. Segundo Bruno Moura:

> As vias deste fenômeno expansivo já são bem conhecidas: consagração de “novos âmbitos” de proteção através da figura dos bens jurídicos coletivos; aumento de tipos penais em branco e de conceitos jurídicos indeterminados na redação típica; antecipação da barreira de punibilidade mediante a crescente utilização de delitos de perigo abstrato; ampliação do

> uso de tipos omissivos e de tipos culposos; esfumaçamento das diferenças entre ação e omissão, dolo e culpa consciente, autoria e participação, preparação e tentativa; aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, etc.[31]

Estes instrumentos moldam a imagem de um direito penal que relativiza ou até mesmo ignora os clássicos princípios de legitimação garantista (exclusiva proteção de bens jurídicos, subsidiariedade, fragmentariedade, legalidade, ofensividade, causalidade, responsabilidade subjetiva, culpabilidade, etc) em favor do atendimento às demandas de eficiência na gestão política ou administração da (in)segurança objetiva e subjetiva da população. Logicamente, o avanço do direito penal material sobre a esfera de liberdade dos cidadãos trouxe um intenso debate acerca da justificação deste processo. Neste campo, surgem distintas posturas político-criminais e criminológicas que procuram ofertar critérios materiais de delineamento e valoração do fenômeno expansivo e, assim, delimitar o âmbito legítimo do direito penal.

Por outro lado, surgem correntes que se distanciam totalmente da teoria de Sanchez, como é o exemplo do garantismo penal, que tem como vertente o oposto daquilo que é elencado na expansão do direito penal.

4 A PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA E A TEORIA DO GARANTISMO PENAL

A teoria crítica da criminologia deu ensejo ao nascimento de três políticas criminais que hoje tomam conta do debate jurídico, quais sejam o abolicionismo penal, o maximalismo penal e o minimalismo penal. Falaremos neste capítulo do minimalismo penal ou direito penal mínimo o qual se trata do modelo idealizado pelo mestre italiano Luigi Ferrajoli em sua Teoria do garantismo Penal.

Ao indagar as causas do crime, a Criminologia Crítica pesquisa a reação social, ampliando, assim, o campo de investigação para abranger as instâncias formais de controle como fator criminógeno (as leis, a Polícia, o Ministério Público e os Tribunais). Buscando a resposta sob o ângulo de uma problemática maior, defende que não há outra solução para o problema criminal senão a construção de uma nova sociedade, mais justa, igualitária e fraterna; menos consumista e menos sujeita às vicissitudes dos poderosos.

Quando falamos em Teoria do garantismo penal, salta-nos aos olhos a expressão chave Garantias. A antítese de Ferrajoli ocupa-se exatamente da proteção das garantias constitucionais de um Estado. Para o ilustre mestre, o poder punitivo do Estado tem que ser diminuído, limitado ao máximo; enquanto que a liberdade do cidadão tem que ser aumentada, ampliada ao máximo, por meio de técnicas de minimização do poder institucionalizado do Estado.

O garantismo penal é o meio termo das políticas que se apresentam hoje no discurso jurídico-penalista. A ideia é afastar um Estado anti-liberal com as suas teses maximalistas, as quais acabam chegando ao seu ápice com as teses do direito penal do Inimigo, apresentadas no capítulo anterior.

---

[31] MOURA, Bruno. **A expansão do Direito Penal: modelos de (des)legitimação**. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.

A verdade é que não se almeja um Estado antiliberal, mas também não se quer um Estado tomado pela liberdade selvagem (ausências de regras), abordadas pelas teses minimalistas. Nesse ensejo, o garantismo é o meio termo trazido por Ferrajoli[32].

E para consolidar a sua teoria, Ferrajoli sugere "as técnicas de minimização do poder estatal", as quais se expressam por meio de dez princípios penais fundamentais ligados a pena, ao delito e ao processo, o Sistema Garantista SG.

Para tanto recorremos a uma das principais obras do autor, na qual Ferrajoli se manifesta: "Denomino *garantista*, *cognitivo* ou *de legalidade estrita* o sistema penal SG, que inclui todos os termos de nossa série. Trata-se de um molde-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível"[33].

E para caracterizar tal sistema, novamente nos recorremos à um clássico Ferrajoli que diz:

> Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.
>
> Estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão da linguística – modelo *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal.[34]

Em continuidade aos pensamentos de Ferrajoli, destacamos o princípio da exteriorização ou materialização do fato, no qual a pena de castração química encontra sérias restrições. Este princípio veda a punição do autor em detrimento do fato ocorrido no âmbito do Direito Penal. Daí resgatamos o direito penal do inimigo defendido por Jakobs, o qual se ocupa em punir justamente a figura do autor.

Mais uma vez vem a calhar a crítica a tal teoria, uma vez que o direito penal do inimigo é um retrocesso, pois acaba trazendo de volta tudo o que não se quer mais a respeito do direito penal do autor. Não há mais espaço no direito penal que se quer moderno, democrático e civilizado, fundado em princípios garantistas para teses atinentes ao direito penal do autor, quando se pune o estuprador e não o estupro.

A implementação da pena de castração química como forma de punição para praticantes de crimes sexuais, vem com a esperança de diminuir tal modalidade de crimes no país, contudo, ao aceitar tal medida, seria o mesmo de aceitar a pena de morte para os crimes de homicídio. O Brasil estaria assim por restringir de forma intensa as liberdades, indo de encontro às características de um Estado democrático de direito.

---

[32] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
[33] Ibid., p. 74.
[34] Ibid., p. 75.

Nesse enredo, é gritante a retroação da pena aos moldes arcaicos de punição da Idade Média, onde os criminosos pagavam suas penas por intermédio de castigos que lhe afligiam os corpos e muitas vezes os levava a morte.

Ora, se o modelo tão almejado hoje, qual seja o garantismo penal é o discurso que vem ganhando força, principalmente pelos juízes progressistas, a inserção desse tipo de penalização em nosso ordenamento pátrio seria de total descabimento e afronta a todo o discurso que se mantêm e contra todos os argumentos utilizados para manter esse tipo de posicionamento.

Neste cenário de garantismo, é mister destacar o papel do juiz moderno, o qual ocupa o lugar de pedra fundamental na construção desse sistema penalista. O magistrado garantista deve buscar na Constituição a validade e justiça das leis aplicando-as de forma a solucionar os conflitos sociais, explicitando em sua decisão os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Se de um lado temos que o juiz garantista ocupa a posição daqueles que veem no Direito Penal um "mal necessário" que deve ser reduzido ao mínimo possível, defendendo sempre a manutenção de garantias máximas na lei, na imputação de responsabilidade e no processo, de modo a garantir ao máximo as liberdades públicas e os direitos individuais instigados e acusados. Por outro lado, em oposição a este grupo, estariam juízes que pautam sua atuação pela busca incessante da punição aos criminosos e delinquentes, principalmente aqueles crimes chamados de "colarinho branco" e praticados por organizações criminosas, de modo a tornar efetivo o poder punitivo do Estado, ainda que nessa busca eventualmente algum dos direitos dos acusados acabe sendo vulnerado.

Compartilhamos da opinião do renomado Juiz Federal, Márcio Luiz Coelho de Freitas[35], o qual diz que:

> [...] falar em juiz garantista é até um pleonasmo, dado que não há hipótese possível de um juiz deixar de assumir o compromisso por ele firmado de cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do país. Me recordo de que em uma discussão a cerca deste tema, ouvi de um colega rotulado de garantista a seguinte resposta: "não sou garantista. Garantista é a Constituição. [...] o garantismo nada mais é do que uma visão do Direito voltada à efetiva proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Nesse compasso, podemos dizer que na verdade, nos padrões se um sistema garantista penal, todos os juízes deveriam ser garantistas, na medida em que todos deveriam atuar juridicamente pautados na defesa de valores constitucionais e na garantia de sua efetividade. O que pode variar, nas palavras do renomado Magistrado é "a compreensão de tais fatores feita por cada juiz em particular, bem como a extensão e os exercícios de ponderação que um faz na sua prática diária."

Em suma, Paulo Rangel[36] registra a atuação de juiz garantista:

> [...] é aquele que vestido da independência funcional que lhe outorga a constituição da República aplica ao direito aos casos concretos que lhe são submetidos com o único compromisso e submissão a Deus, a Constituição e a sua própria consciência extraindo assim a regra jurídica que expressa

[35] FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **O papel do juiz no combate à criminalidade**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/32619995/O-PAPEL-DO-JUIZ-NO-COMBATE-A-CRIMINALIDADE>. Acesso em: 20 set. 2012.

[36] RANGEL, Paulo. **O juiz garantista**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=171> . Acesso em: 5 out. 2012.

> os anseios da comunidade, tornando a justiça uma realidade social, através de sua decisão.

Por último, ainda podemos destacar a tese do direito penal mínimo a qual abre sua frente principal contra as teorias do direito penal máximo, o qual culmina na defesa da pena de morte e afins, e que também nos leva a concluir sem pesar que a pena de castração química não passa de uma afronta direita aos princípios e garantias constitucionais assegurados por um Estado democrático de direito

Ainda sobre o princípio da intervenção mínima, um dos pilares da teoria de Ferrajoli, destacamos que por este princípio, também conhecido como *última ratio,* o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários a vida em sociedade, ou seja, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se insuficientes para a tutela desses bens.

Nesse contexto, o direito penal assume um caráter subsidiário, intervindo somente quando as medidas civis e administrativas mostrarem-se ineficazes. O Estado, portanto, não deve recorrer ao direito penal e suas gravíssimas sanções se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais.

Assim evidencia-se que mais uma vez a pena de castração química encontra inúmeras barreiras em nosso ordenamento pátrio. Essencialmente na vertente principiológica que rege a órbita penal, entre tantas outras afrontas esse tipo de pena fere substancialmente um dos princípios essências do direito penal, qual seja o princípio da intervenção mínima. Esse tipo de penalização segue em rumo oposto ao dos posicionamentos garantistas modernos.

A aposta, da qual compartilhamos e defendemos ao longo desse estudo, é no sentido de fortalecer um sistema penal do garantismo, ou, se preferir, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente repulsivo do direito penal.

O garantismo é um modelo ideal, do qual podemos mais ou menos nos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servi de critério de valoração e de correção do direito existente.

5 A PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

5.1 UMA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao contrário do que sucede em alguns estados norte-americanos, bem como em nações do continente europeu, onde se utilizam fármacos inibidores de libido como uma sanção penal, muitas vezes cumulada com a pena privativa de liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro não há espaço para essa espécie de punição.

Todas as propostas legislativas nacionais até então trataram a castração química como uma sanção a ser aplicada pelo Estado, no exercício do *jus puniendi*.

Nesse aspecto haveria óbices constitucionais intransponíveis, como defende o Coordenador da Comissão de Direitos Humanos da OAB-SP:

> A aplicação da castração química aos condenados por crimes contra a liberdade sexual encontra na Constituição Federal seu empecilho legal. A Lei Maior, assim como proíbe as penas de caráter perpétuo, também impede o tratamento degradante, cruel e humilhante. Tal castração atenta contra a dignidade humana. O Estado não pode, sob a escusa de se tratar de crime violento, agir com violência igual ou maior que aquela combatida.[37]

A pena de castração além de inconstitucional afronta princípios que regem o plano de criação e aplicação do direito penal. A inserção dessa modalidade de sanção penal seria remontar-se aos tempos da Idade média, das penas corporais, da pena capital entre outras.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, são ressalvados os direitos e garantias do cidadão, enaltecendo também a efetivação dos direitos fundamentais expostos no texto magno. Sendo assim, a prerrogativa que o Estado tem é de proporcionar o controle social, em busca de harmonizar os interesses individuais e coletivos, salvaguardados, sobretudo, o tratamento igual entre os sujeitos.

Diante da realidade do Estado democrático de direito, o cumprimento dos deveres acima narrados é prioridade, posto que sua função principal se resume a cumprir os ditames constitucionais em consonância com os princípios basilares do direito. Baseando-se nesse arcabouço principiológico e jurídico, está mais uma vez demonstrada a impossibilidade de utilização da castração química como meio de sanção aos infratores que cometem crimes sexuais.

Com base na CF/88, é imperioso que se faça uma análise segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como quanto ao Pacto de San José da Costa Rica, que também veda o método adotado como forma de punir os criminosos sexuais.

É sabido que os princípios exercem uma função fundamental em toda disciplina. No que tange a seara jurídica, os princípios constituem aquelas ideias fundamentais que sustentam todo um arcabouço inerente a um ramo do direito. No Direito penal não poderia ser diferente. Sendo antes um dos ramos nos quais os princípios são extremamente relevantes na defesa da liberdade e da vida do ser humano. E no ápice dessa escala está o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, após as múltiplas justificativas elencadas acima, podemos finalmente discorrer sobre a pena de castração química como afronta a um dos princípios basilares do direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente é necessário conceituarmos, ou pelo menos tentar traçar algumas características do que seria o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, estabelecido pelo art. 1°, inciso III, da Constituição Federal.

Para José Afonso da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.[38]

---

[37] FILHO, Mario de Oliveira. **Você é a favor ou contra a castração química de pedófilos: a constituição impede tratamento degradante, cruel e humilhante**. ***O Estado de S. Paulo***. São Paulo, 21 out. 2007.

[38] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.105.

É também a dignidade da pessoa humana atributo impossível de ser retirado do indivíduo, ainda que este assim se manifeste. Para Alexandre de Moraes, renomado especialista da esfera constitucional, a expressão dignidade da pessoa humana pode ser conceituada da seguinte forma:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.[39]

Segundo Sarlet[40]:

> Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em casa ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Importante ainda ressaltar as duas concepções inerentes a este princípio defendidas por Moraes, como segue:

> O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere (*dê a cada um o que lhe é devido)[41].

Como nas ideias de Jakobs discutidas no capítulo 3 deste artigo, existem aqueles que não entendem a dignidade como algo inerente ao ser humano. Silveira assim expõe as ideias de Jakobs:

> Daí haver a necessária distinção a ser feita: Jakobs não reconhece a ideia da dignidade do ser humano no contexto habermasiano, como aqui se prega. [...] A sua dignidade não pode ser vista de modo amplo, senão restrito, enquanto simples construção a ser dada a alguns indivíduos. As não-pessoas, por expressão semântica, em se revelando contrárias a todas as expectativas da comunidade, não deveriam possuir os mesmos direitos

[39] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.
[40] SARLET, 2007 apud WUNDERLICH, Alberto. **Castração Química: uma visão constitucional**. p. 86
[41] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

> postos no contrato social. A tais indivíduos deveria ser tolhida parte de suas garantias, sendo vistos como inimigos da sociedade[42].

Demonstra-se assim mais uma vez o total descabimento da teoria de Jakobs e suas teorias afins no ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente em detrimento a gama de princípios que regem o Estado democrático de direito.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana como prestação devida pelo Estado, reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a difusão da dignidade, especialmente proporcionando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. A castração química, como sanção a ser imposta aos criminosos mais uma vez se reveste da total inconstitucionalidade e incompatibilidade com nosso ordenamento, vez que permitir tal aberração seria massacrar tudo o que aqui se discutiu de princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu em seu artigo 1°, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. Tal preceito "não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor, ou quaisquer outros requisitos".[43]

Desta forma, a castração química como sanção a ser aplicada aos condenados pela prática de crimes sexuais torna-se totalmente contrária aos fundamentos da CF/88, em especial ao elencado em art. 1°, III , que prevê a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares de sustentação.

O princípio da dignidade humana ainda encontra previsão no Tratado da Convenção Americana de Direito Humanos, também conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica[44]. Tal convenção busca a consolidação entre os países americanos do respeito à justiça social e à liberdade, baseando-se nos direitos humanos essenciais, independente da nação que a pessoa faça parte. É datado de 1969, mas foi assinado pelo Brasil somente em 1992.

O referido Pacto prescreve em seu art. 5° o direito à integridade pessoal, enfatizando o respeito à integridade física, psíquica e moral. Assevera também que ninguém será submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Ressaltando-se ainda que a pessoa que estiver privada da sua liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

O respectivo dispositivo legal encontra sustentáculo também no Pacto de San José da Costa Rica o qual dispõe, em seu Capítulo II (Direito Civis e Políticos), artigo 5° (Direito à integridade pessoal):

> 1. Toda pessoal tem direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

---

[42] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: bases críticas para a reformado direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.

[43] NOVELINO, Marcelo. **Da dignidade da pessoa humana**. Prática Jurídica. Ano VII, n° 77, ago 2008, p.26.

[44] CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Pacto San Jose da Costa Rica**. Decreto 6.781/1992. Disponível em: <http://aids.gov.br/legislação/vol1_4>. Acesso em: 18 mai 2012.

Podemos afirmar que pena cruel é aquela que provoca sofrimento intenso e humilhação na pessoa, trazendo consigo uma acentuada ofensa à integridade humana. Cumpre observar que não existe legislação complementar que forneça o conceito preciso de tratamento desumano, cruel ou degradante. Mas se analisarmos a pena de castração química, fica claro que o indivíduo submetido a tal tratamento tem a sua honra e a sua dignidade friamente atingidas.

A doutrina constitucional associa o conceito de penas cruéis à vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante, igualmente um direito individual garantido pela Constituição de 1988 (art. 5º, III), bem como à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos republicanos (art. 1°, III). Para Alexandre de Moraes[45]:

> [...] dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes, que são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos, **acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre**. (grifo nosso)

A partir dessas considerações podemos discorrer sobre a inconstitucionalidade da utilização da castração química. Isso porque, ao ser usada como medida de punição para quem comete crimes sexuais, principalmente contra criança ou adolescente, fere não só princípios fundamentais, mas também diversos dispositivos constitucionais e legais.

5.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASTRAÇÃO QUÍMICA EM FACE DA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL PÁTRIA

É indiscutível que o tema é polêmico, e não se trata única e simplesmente de uma afirmação de que se trata de dispositivo inconstitucional. É necessário mais. É imperioso destacar que além de desproporcional é violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de nossa Constituição Federal/88, o nosso ordenamento jurídico não autoriza violação à integridade física do condenado por parte do Estado.

Diante disso, algumas normas merecem destaque, entre elas o inciso XLIX, do art. 5° da Constituição: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, impossibilitando qualquer medida exploratória de direito aos detidos por parte do Estado. O inciso III do mesmo artigo ainda positiva que ninguém será submetido a tortura, tratamento desumano ou degradante.

Em complemento, o art. 38 do Código Penal[46] em consonância com a Carta Magna, prevê 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; no mesmo raciocínio, o art. 40 da Lei de Execução Penal, prescreve que: “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

---

[45] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.338.

[46] BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. DECRETO-LEI N.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Ora, o que seria a pena de castração química se não algo que excede, em muito, a pena privativa de liberdade. Como se assim não bastasse, a pena configura-se como tratamento degradante, que atinge profundamente a integridade física, psíquica e, principalmente, moral do condenado.

Como se pode perceber, o indivíduo tem o direito de arguir contra o Estado em prol do mínimo de dignidade e integridade como ser humano que a própria Constituição lhe confere. Tal direito individual consubstancia-se na ideia política de liberdade negativa: há fronteiras dentro das quais os homens são invioláveis, que impedem a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre o outro.

A nossa Carta Magna ainda prevê em seu artigo 5°, inciso XLVII, a impossibilidade de existir penas de morte, de caráter perpétuo, de banimento e cruéis. Tal vedação é norteada por princípios fundamentais, pelos quais a própria República Federativa do Brasil fundamenta-se (art. 1°, III). É possível corroborar esse entendimento em todo o arcabouço constitucional.

É de bom alvitre ainda mencionar que o disposto no inciso XLVII, acaba por se mostrar um dos principais fundamentos jurídicos sobre o estudo da castração química. Esse procedimento, concebido como uma reprimenda à prática de ilícitos sexuais, por se tratar de uma intervenção no organismo do indivíduo, com a aplicação de substâncias hormonais, restaria como uma ação cruel e desumana, justamente por interferir na dimensão física do sujeito.[47]

Nesse diapasão, não há como desconsiderar a controvérsia causada pela castração química, a qual, embora não tenha caráter perpétuo, atinge fisicamente quem a ela se submete.

O referido art. 5°, no seu inciso X, destaca ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem, Assim, aquele que atentar contra esse inciso, estará retirando do apenado direitos concedidos pela Constituição.

Dessa forma, a castração química é “degradante, pois priva da dignidade, torna vil, estraga, deteriora aquele que é submetido a ela. É ainda cruel, pois desumana, dolorosa, prejudica enormemente a vida daquele que a recebe como parte da reprimenda”.[48]

O presidente da OAB SP, Luiz Flávio Borges D´Urso, adverte que:

> Na verdade, não se trata de castração, mas de um tratamento químico aplicado ao indivíduo, a princípio compulsório e agora facultativo, que diminui a pena privativa de liberdade. As drogas reduzem sua libido, enquanto está no período do livramento condicional, depois suspende o tratamento. Portanto, estamos diante de um engodo, não é castração. Serve de paliativo durante algum tempo. E se ele tem esse desvio, vai voltar a cometer crimes sexuais contra crianças. Portanto, não é solução.[49]

Deste modo, verifica-se que evidente que a pena de castração química, enquanto uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, no exercício do *jus puniendi*, constitui-se me pena cruel, a qual encontra óbice na Carta Magna. Assim, resta claro

---

[47] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo:Quartier Latin, 2008, p. 285-6.

[48] PEREIRA, Pedro H. S. **A castração Química À luz dos princípios da proporcionalidade, dignidade e vedação de penas cruéis**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42258>. Acesso em: 15 abr 2012.

[49] D´URSO. Luiz Flávio Borges**. Presidente da OAB SP considera inconstitucional projeto que prevê castração química de pedófilos**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/09/15/5702/?searchterm=castra%C3%A7%C3%A3o%20qu%C3%ADmica>. Acesso em: 20 set. 2012.

que o tratamento ou penalidade cruel são exemplos de violação da dignidade da pessoa humana; o método de castração química como uma nova sanção a ser inserida em nosso ordenamento jurídico penal demonstra total incompatibilidade com a situação de um Estado democrático de direito.

Conforme nota-se, a problemática constitucional é uma questão principiológica, na qual devem ser analisados os benefícios e prejuízos do condenado e à defesa constitucional.

Destacamos ainda a violação do princípio da proporcionalidade, podendo ser entendido como aquele pelo qual fins e meios são proporcionais entre si. A respeito disso explicita o grande constitucionalista Canotilho[50]:

> Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. **Meios e fim são colocados em adequação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim**. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação ás vantagens do fim. (grifo nosso)

A partir do momento que urge no Poder Legislativo medida que quer efetivar pena gritantemente superior à atitude do apenado, não há dúvidas de que o princípio da proporcionalidade sofre severa afronta.

O uso de tal corolário da forma que querem inserir em nosso ordenamento pátrio abre brechas para que possamos considerar que outras penas corporais também podem vir a ser proporcionais, pois existe grande ojeriza social a muitas espécies de crime que no prisma corpóreo, também mereceriam retaliações.

Assim, jamais se poderia considerar que a pena de castração química é proporcional, vez que pune ao transgressor com algo imensamente superior à pena de muitos outros que cometeram atrocidades tão indesejáveis ou piores que a por ele perpetrada.

CONCLUSÃO

Como visto, a castração química como pena encontra óbices constitucionais intransponíveis. Inclusive em países com legislação penal bem mais rigorosa, como nos Estados Unidos, a questão gera profundos questionamentos.

Em nosso entendimento não há espaço jurídico-hermenêutico para a inserção desse pensamento no ordenamento penal brasileiro. A Constituição Federal de 1988 foi promulgada tendo como seu cerne uma visão garantista dos direitos humanos, e não como um instrumento de retroação aos tempos arcaicos, de penalidades corporais.

No atual estágio de civilização que vivenciamos, regido pelos ditames do Estado democrático de direito, seria inconcebível pensar em temas infraconstitucionais – muito mais em seara penal – sem analisar o conjunto de normas fundamentais que dizem respeito ao direito penal e processual penal.

---

[50] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Apud* PEREIRA, Pedro H.S. **A castração química à luz da proporcionalidade, dignidade e vedação de penas cruéis.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42258>. Acesso em 10 ago. 2012.

Deste modo, ainda que se trate de crime que provoque grande repulsa social, nem por isso seria possível impor ao seu autor tal espécie de tratamento, haja vista um dos eixos norteadores da pena, qual seja o princípio da proporcionalidade.

Mesmo que em hipótese muito remota pudéssemos admitir esse tipo de punição em nosso ordenamento jurídico, fica a indagação sobre o que ocorreria com o condenado que estivesse submetido a esse tipo de tratamento? Quais seriam as conseqüências físicas, psicológicas e hormonais desse tipo de intervenção? Até então nenhum estudo que pudesse responder a esses questionamentos foi publicado.

Podemos mais uma vez justificar que a pena de castração química possui caráter reversível, entretanto seus efeitos colaterais adversos (depressão, fadiga crônica, desenvolvimento de diabetes, entre outros) não são munidos desse caráter de reversibilidade, podendo parte considerável dessas mazelas acompanharem o indivíduo pelo resto de sua vida. O que se coaduna perfeitamente a ideia de uma pena de caráter perpétuo, mesmo que indiretamente.

Existem aqueles que afirmam que após o cumprimento da pena de castração química, o indivíduo poderia apresentar comportamento alterado, irregularidade em seu sistema hormonal poderia causar efeito reverso. A sua libido poderia ser aumentada em dobro. Podemos comparar esses efeitos aos medicamentos utilizados para emagrecimento, fármacos inibidores de apetite, uma vez que muitas pessoas ao pararem o uso da medicação, por irregularidades hormonais, entre outras, acabam engordando e pesando muito mais do que pesavam antes do tratamento, o que as faz, em muitos casos, dependentes desse tipo de medicação. No caso da utilização de fármacos inibidores da libido, método que, em tese, não é definitivo, o molestador tem a necessidade de comparecer ao médico designado para continuar o tratamento, nos prazos indicados, sob pena de ocorrer efeito inverso, com aumento excessivo da produção de testosterona pelos testículos, podendo aumentar demasiadamente sua libido.

Nem mesmo a inserção desse método como uma opção ou um direito do condenado seria um caminho seguro, uma vez que o condenado seria induzido a submeter-se ao tratamento com o intuito de ter sua pena diminuída, abrindo mão de um direito indisponível que o direito à vida e à saúde.

Outro ponto relevante, diz respeito à vedação do "*bis in idem*", vez que ninguém será punido mais de uma vez pelo mesmo fato típico e ilícito. É o que ocorreria nesse tipo de caso, pois além da pena privativa de liberdade, o apenado seria instigado a aceitar outra pena considerada cruel e desumana, como pressuposto para obtenção de sua liberdade.

Ainda seria preciso indagar de quem seria a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos, se seria o SUS que forneceria ou o condenado deveria custear tais valores. Se hoje o sistema carcerário e de saúde encontram-se falidos, quem seria responsável por arcar com os custos de tal tratamento, que registre-se, possui alto custo.

Ora, não é com medidas drásticas que um Estado pune atitudes das mais repugnantes. Aceitar a castração química a criminosos sexuais pode corresponder à aceitação de que homicidas sejam enforcados, ladrões tenham o braço decepado e difamadores tenham a língua cortada. Um país democrático jamais pode restringir as liberdade, pois como lembra as palavras de Silva Sanchéz:

> Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam por

> novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências serão perceptíveis também para os que as exigiram de forma mais ruidosa.

É necessário frisar que apenas haverá modificações na criminalidade e reincidência diante de verdadeiras políticas públicas que se preocupem com a busca da igualdade social e efetiva ressocialização dos apenados. No Brasil, parece-nos que tal possibilidade continua a ser descartada.

Lembrando a crítica elencada em artigo americano, parece estar se retornando à Era das Trevas, pois tal punição apenas reflete aquelas repreendidas na era medieval pela inquisição feita pela Igreja, por imposições do Rei.

Pelo exposto, podemos dizer que a provação da inserção desse tipo de sanção no ordenamento jurídico brasileiro será um grande passo rumo à progressiva degradação dos direitos e garantias fundamentais alicerçados na Carta Magna. No início há modificações e restrições mínimas, como a ampliação excessiva de penas, a criação de tipos penais desnecessários, passando-se pela aceitação de penas corporais, até se chegar à quase absoluta restrição de condutas antes consideradas permitidas.

Se por um lado muitos ficam satisfeitos ao pensar que a criminalidade sexual irá diminuir, por outros, aqueles conscientes da difícil conquista empreendida por meio da Carta de 1988 lamentarão por nova restrição da integridade. É muito fácil pensar na questão quando se crê pela impossibilidade de enquadramento naquele caso. Porém, qualquer um pode ser acusado pelo crime de estupro ou por outras formas de violência sexual, pois muitas vezes não deixam vestígios. Ficar recluso por vários anos injustamente é pena bem menos gravosa do que ser submetido a tratamento para anulação de impulsos sexuais. É necessário que o legislador reflita melhor acerca disso sobre o seu verdadeiro papel como representante do povo, sem exceções ou regalias.

A Constituição de um Estado democrático tem seu lugar no ápice da escala hierárquica da normatividade jurídica, o que significa dizer: não pode ser subordinada nem contrariada por nenhuma norma jurídica, seja-lhe anterior ou posterior e, consequentemente, todas as normas legais existentes devem a ela se adequar, sob pena de revogação ou pecarem pelo vício da inconstitucionalidade.

Resta claro, portanto, que aceitar uma sanção nos moldes da castração química seria uma atitude jurídica de total inconstitucionalidade. Não havendo espaço para criação e aplicação de determinados dispositivos legais que pertencem a reminiscência do milênio passado e que não podem mais prender o juiz do novo século. O Direito é dinâmico e não estático.

Abstract: This article begins a reflection, through theoretical aid, able to give rise an analysis of the existing controversy with respect to chemical castration punishment against the Brazilian legal system. There is today in Brazil sharp discussion about the applicability of this type of punishment to perpetrators of sexual crimes, especially the pedophiles, occasioning for several times the filing of Legal Projects that introduce this type of criminal sanction in our Criminal planning. However, we sought to demonstrate that the chemical castration like punishment is an aspect of Jakobs' current extremist, known as criminal law of the enemy, a total throwback to archaic times of the Middle Ages. Furthermore, it sought to prove the utter incompatibility of

this punishment over the legal system in force, making up a counterpoint between the Ferrajoli's Theory of criminal guaranteeism, the Constitution of 1988, the Pact of San Jose from Costa Rica, the Criminal Code among others, for the purpose of demonstrate the incompatibility of this method in the current constitutional context. Deserving highlighted the imperative of the guaranteeing constitutional principles, such as those that prohibit the cruel and degrading punishment, those that extol the criminal law of minimum intervention and those that protecting the human dignity.

Keywords: Punishment. Chemical castration. Brazilian Legal System. Constitutional Principles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] MENDES, Gilmar Ferreria; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

[2] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol. I, 7. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

[3] SHECAIRA, Sergio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 476.

[4] GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2005.

[5] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. Vol. I, 7. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

[6] SILVA JÚNIOR, Antenor Costa. **Castração Química x Dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/castracao-quimica-x-dignidade-da-pessoa-humana/43307/>. Acesso em: 20 mai. 2012.

[7] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

[8] WUNDERLICH, Alberto; FERNANDES, Márcio Borba**. Castração Química: Uma visão constitucional**. Guaíba: Sob Medida, 2012.)

[9] CABRAL, Bruno Fontenele. **Discussão sobre a constitucionalidade da castração química de criminosos sexuais no Direito Norte-Americano**. Disponível em:<http://jusvi.com/artigos/43525>. Acesso em: 17 mai. 2012.

[10] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O "direito" do condenado à castração química**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10613> Acesso em: 18 mai. 2012.

[11] HEIDE, Márcio Pecego. **Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9823>. Acesso em: 19 maio 2012.

[12] Idem.

[13] MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Ed.,2002.

[14] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª. Ed. Ver. e atual.,2001, p. 62.

[15] ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 9ª. Ed. Ver. e atual.,2001, p. 19.

[16] BRASIL, SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 552 de 2007. Proposto pelo Senador Gerson Camata em 18 set de 2007. Publicado no Diário do Senado Federal em 19 set 2007**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490>. Acesso em: 10 maio 2012.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set 2012.

[18] WUNDERLICH, Alberto. **Castração Química.** *Mente e Corpo***.** Porto Alegre, nº 22-24, out.-dez. 2006.

[19] FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão? - Visões do Parlamento brasileiro sobre a criminalidade**. 1ª Ed. Brasília:Líber Livro, 2008. p.8.

[20] Ibid., p. 32.

[21] ZAFFARONI, Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; e SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003 vol. 1, p. 43.

[22] Ibid., p. 44.

[23] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, passim.

[24] GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798>. Acesso em: 20 jun. 2012.

[25] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

[26] GOMES, Luis Flávio**. Munõz Conde e o Direito Penal do inimigo**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>. Acesso em: mai. 2012.

[27] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[28] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 193.

[29] Ibid., p. 294.

[30] Ibid., p. 193.

[31] MOURA, Bruno. **A expansão do Direito Penal: modelos de (des)legitimação**. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d9023eec1397674106956b1f2cf36b82.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.

[32] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[33] Ibid., p. 74.

[34] Ibid., p. 75.

[35] FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **O papel do juiz no combate à criminalidade**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/32619995/O-PAPEL-DO-JUIZ-NO-COMBATE-A-CRIMINALIDADE>. Acesso em: 20 set. 2012.

[36] RANGEL, Paulo. **O juiz garantista**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=171> . Acesso em: 5 out. 2012.

[37] FILHO, Mario de Oliveira. **Você é a favor ou contra a castração química de pedófilos: a constituição impede tratamento degradante, cruel e humilhante**. ***O Estado de S. Paulo***. São Paulo, 21 out. 2007.

[38] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.105.

[39] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

[40] SARLET, 2007 apud WUNDERLICH, Alberto. **Castração Química: uma visão constitucional**. p. 86

[41] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 60.

[42] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: bases críticas para a reformado direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.

[43] NOVELINO, Marcelo. **Da dignidade da pessoa humana**. Prática Jurídica. Ano VII, n° 77, ago 2008, p.26.

[44] CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS. **Pacto San Jose da Costa Rica**. Decreto 6.781/1992. Disponível em: <http://aids.gov.br/legislação/vol1_4>. Acesso em: 18 mai 2012.

[45] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.338.

[46] BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. DECRETO-LEI N.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

[47] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes Sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo:Quartier Latin, 2008, p. 285-6.

[48] PEREIRA, Pedro H. S. **A castração Química À luz dos princípios da proporcionalidade, dignidade e vedação de penas cruéis**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42258>. Acesso em: 15 abr 2012.

[49] D´URSO. Luiz Flávio Borges**. Presidente da OAB SP considera inconstitucional projeto que prevê castração química de pedófilos**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/09/15/5702/?searchterm=castra%C3%A7%C3%A3o%20qu%C3%ADmica>. Acesso em: 20 set. 2012.

[50] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Apud* PEREIRA, Pedro H.S. **A castração química à luz da proporcionalidade, dignidade e vedação de penas cruéis.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/42258>. Acesso em 10 ago. 2012.