

NOVAS RESPOSTAS PENAIS PARA O TRATAMENTO E PUNIÇÃO DOS CRIMINOSOS IMPUTÁVEIS E PERIGOSOS: PSICOCIRURGIA, CASTRAÇÃO QUÍMICA E MONITORAMENTO ELETRÔNICO

NUEVAS RESPUESTAS PENALES PARA EL TRATAMIENTO Y CASTIGO DE LOS DELINCUENTES IMPUTABLES Y PELIGROSOS: PSICOCIRUGÍA, CASTRACIÓN QUÍMICA Y CONTROL TELEMÁTICO

Gisele Mendes de Carvalho¹

Hamilton Belloto Henriques²

Resumo: O presente artigo tem por finalidade analisar três possíveis respostas penais destinadas ao tratamento e à prevenção ou repressão dos crimes praticados por delinquentes imputáveis e perigosos (psicocirurgia, castração química e monitoramento eletrônico), com o fim de desvendar em que medida as mesmas seriam compatíveis com os direitos, garantias e princípios constitucionais vigentes no Estado de Direito brasileiro. Para tanto, faz-se um estudo do conceito e das técnicas utilizadas em cada caso, com o fim de estabelecer a aproximação imprescindível à posterior análise crítica de tais institutos. Todos eles, sem dúvida, encontram sua origem na necessidade de implementação de uma política criminal repressiva, que parte da ideia de recrudescimento das penas e do controle social formal do delito como forma de combate à delinquência. Contudo, constata-se que todas essas medidas, de alguma forma ou em algum grau, implicam um severo menoscabo de determinados direitos fundamentais de transcendental importância (integridade física, psíquica, saúde), razão pela qual sua admissibilidade no marco de um Estado de Direito democrático e social poderia resultar incompatível com o texto constitucional brasileiro e com a consagração do respeito à dignidade da pessoa humana e a consequente proibição de submissão a tratamentos desumanos ou degradantes. Ademais, termina-se demonstrando também que essas medidas revelam-se duvidosa eficácia, na medida em que não restou comprovado até hoje que as alterações nos níveis de testosterona sejam a única razão para a maior tendência à criminalidade sexual, e tampouco que o monitoramento eletrônico resulte realmente eficiente no controle da reincidência, dada a possibilidade de que o condenado monitorado possa voltar a delinquir por outros meios indiretos.

Palavras-chave: Psicocirurgia – Castração química – Monitoramento eletrônico – Prevenção e combate ao crime – Dignidade humana.

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad analizar tres posibles respuestas penales destinadas al tratamiento y a la prevención o represión de los crímenes practicados por delinquentes imputables y peligrosos (psicocirugía, castración química y control telemático), con o objeto de desvendar en qué medida las mismas resultan compatibles con los derechos, garantías y principios constitucionales vigentes en el Estado de Derecho brasileño. Para tanto, se lleva a cabo un estudio del concepto y de las técnicas utilizadas en cada caso, con o fin de establecer una aproximación imprescindible a la posterior análisis críticas de dichos institutos. Todos ellos, indudablemente, tiene su origen en la necesidad de implantación de una política criminal represiva, que parte de la idea del

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

² Advogado. Mestrando em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor do Cesumar e das Faculdades Maringá.

recrudescimiento de las penas y del controle social formal del delito como forma de combate a la delincuencia. Sin embargo, se constata que todas esas medidas, de una forma o de otra o en algún grado, suponen un grave menoscabo de determinados derechos fundamentales de trascendental importancia (integridad física, psíquica, salud), razón por la que su admisibilidad en el marco de un Estado de Derecho democrático y social podría resultar incompatible con el texto constitucional brasileño y con la consagración del respeto a la dignidad de la persona humana y la consecuente prohibición de sumisión a tratos inhumanos o degradantes. Además, se demuestra asimismo que esas medidas se revelan de dudosa eficacia, en la medida en que no se ha comprobado hasta hoy que las alteraciones en los niveles de testosterona sean la única razón de incremento de la tendencia a la criminalidad sexual, y tampoco que el controle telemático resulte realmente eficiente en el control de la reincidencia, dada la posibilidad de que el condenado monitoreado electrónicamente pueda volver a delinquir por otros medios indirectos.

Palabras-clave: Psicocirugía – Castración química – Control telemático – Prevención y represión de la criminalidad – Dignidad humana.

1. Introdução

As atuais tendências punitivas de determinados delitos de natureza violenta como os relacionados à violação da dignidade sexual –*sexual predators*– ou que atentem contra a vida humana –*serial killers*– mesmo que identificadas em variegados discursos penais e criminológicos ao largo da história da humanidade, como mecanismo de reação ante os perigos da assim chamada criminalidade grave, se justificam, na atualidade, por alguns fatores amplamente cristalizados no modelo social contemporâneo.

São esses fatores observáveis ante uma vertiginosa desenvoltura dos meios de comunicação, cuja dinâmica e alcance mundial mergulham toda a sociedade em um estado de emergência³ onde a salvaguarda dos bens jurídicos envolvidos se impõe a todo custo, suscitando uma série de respostas legislativas e jurisdicionais que melhor equilibrem ou equacionem a vida social, restabelecendo uma sensação de segurança coletiva.

Essa sociedade de risco, característica da pós modernidade⁴, permeada pelo medo e insegurança, reclama um punitivismo garantidor da “paz social e ordem pública”, conceitos, aliás de absoluta imprecisão jurídica⁵.

Nesse sentido, nota-se a partir de estatísticas confiáveis⁶ que a insegurança experimentada pela população que clama por respostas penais emergenciais é mais

³ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José. Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincente imputable peligroso: psicocirugía, castración química y control telemático. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011, p.264.

⁴ Vide REGHELIN, Elisângela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

⁵ Idem, *ibidem* p. 159.

comunicacional do que real. Há uma percepção do fenômeno da violência integrante do cotidiano, onipresente na sociedade⁷, em que se infunde um constante estado de alarme ante a presença de potenciais “inimigos.” Esse fenômeno cria um estado de angústia nos cidadãos, apenas suprível, mesmo que simbolicamente, por novos modelos de resposta ao delito. E o alarme social observado, diante da sensação de incremento da criminalidade violenta, passa a gerar uma forte demanda por políticas criminais duras⁸.

Por outro lado, o constante desenvolvimento científico ensejador de novas formas de resposta penal, muitas de natureza preventiva, aliadas ao consenso doutrinal⁹ em relação à falência do tradicional modelo privativo de liberdade, em verdade ensejador de graves e nocivos efeitos à personalidade humana e de reduzido ou nenhum proveito social, propiciam terreno fértil ao desenvolvimento de alternativas respostas penais, como o assim chamado monitoramento eletrônico (Lei 12.258/10, que alterou a Lei de Execuções Penais), e outras medidas como os programas de terapia social, criação de cadastros de criminosos (Lei

⁶ Com efeito, pondera Elisangela Reghelin, referindo-se à obra de Santiago Redondo Ilescas, que “esta espécie de criminalidade (delitos sexuais) tem uma cifra oculta que não nos permite conhecer, com exatidão, dados mais precisos, o que sempre pode ser corrigido e melhor estimado através de pesquisas de vitimização” (op. cit., p. 94). A respeito das pesquisas de vitimização e seu impacto em relação aos crimes sexuais, vide, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p.52.

⁷ Como observa Winfried Hassemer (El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Santiago de Compostela, v. XV, 1986, p. 183 e ss.): “Nunca, como hoje, se teve oportunidade de perceber a violência e o exercício dela. Uma sociedade que, por um lado, dispõe de poderosos meios de comunicação e, por outro, está vivamente interessada, enquanto valora esses meios, na comunicação do fenômeno da violência, não necessita experimentar a violência em seu próprio seio, para poder percebê-la em toda sua onipresença: basta apenas contemplar o exercício da violência no mundo que nos rodeia. As consequências dessa circunstância são diversas e diversamente discutidas. Uma das que aqui mais nos interessa é que os fenômenos violentos impregnam com muito maior intensidade que antes nossa capacidade de percepção social e cultural e que nos chega mais de um modo comunicacional do que experimental. De tudo isso deduz-se, entre outras consequências, que as possibilidades de dramatizar a violência e de politizá-la são extraordinariamente grandes”. Além disso, na sociedade globalizada na qual os meios de comunicação social possuem um poder de fogo tão grande, a percepção da violência prescinde da experiência pessoal. Os meios de comunicação social e, em especial, os informativos televisivos, são capazes de permitir a contemplação da violência sem que por ela sejamos afetados, direta e fisicamente. Quem não se lembra da Guerra do Golfo, acompanhada, momento a momento, pelas poderosas redes de televisão? Quem não se recorda da espantosa “limpeza étnica” efetuada com requintes de perversidade na Bósnia-Herzegovina e no Kosovo e transmitida pela televisão com imagens de gritante crueldade? Quem não assistiu estupefato aos massacres de Burundi, em Ruanda, no antigo Zaire, em Timor Leste e, no momento em Chechênia? Essas cenas chocantes, transmitidas com realismo e crueldade, acrescidas de violências de caráter não coletivo, mas de não menor impacto, de filmes que difundem atos de violência gratuita, de programas de televisão que transmitem espetáculos de extrema violência, passaram a constituir as imagens mais frequentemente expostas nos meios visíveis de comunicação social. Assim, pouco a pouco, o fenômeno da violência se tornou mais comunicacional do que experimental (apud SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78-79).

⁸ Vide TORON, Alberto Zacharias. Prefácio à obra de GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 09. Como bem dispõe Mirelle Delmas-Marty, a Política Criminal compreende “o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social” (*Os grandes sistemas de Política Criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 03-04).

⁹ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 264.

12.654/2012, que ainda não entrou em vigor¹⁰), e até mesmo a recorrência a determinadas práticas, cuja duvidosa eficácia e gravidade se revelam incompatíveis com o modelo constitucional vigente.

Empregam-se, assim, práticas como a psicocirurgia ou técnicas de castração química, cuja utilização reporta a momentos pretéritos de castigos e outros experimentos práticos de caráter eugênico¹¹ que jamais deixaram de existir¹². Nesse sentido, veja-se a esterilização forçada dos assim chamados “associais”, pelo regime nacional-socialista, caracterizados como integrantes das camadas sociais economicamente menos favorecidas e portadores de antecedentes criminais patrimoniais e de natureza sexual, como prostitutas, mendigos e vagabundos¹³.

Acredita-se que a esterilização forçada dos indivíduos considerados “associais” foi prática constante no regime nacional-socialista, onde foram esterilizadas entre quinhentos mil e um milhão de pessoas, com ou sem enfermidades hereditárias.

¹⁰ A citada Lei prevê, em seu art. 3º, que “a Lei de Execução Penal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico-, por técnica adequada e indolor. § 1º. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. § 2º. A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.” A respeito da constitucionalidade desse tipo de iniciativa legislativa, que tanto pode ser empregada para facilitar a administração da Justiça, como para atestar o renascimento de um determinismo biológico criminal, vide ALMEIDA NETO, João Becon. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 213, ago. 2010, p. 16-17.

¹¹ *Eugenia* (do grego *eu*, bem, e *genos*, raça, espécie ou linhagem), termo introduzido por Francis Galton em sua obra *Inquires into Human Faculty and its development*, de 1893, indica “a ciência da melhora da condição humana através de cruzamentos prudentes [...] para proporcionar às raças e aos tipos sanguíneos mais adequados uma maior possibilidade de prevalecer sobre os menos adequados” (BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madri: Edersa, 1997, p. 82). A eugenia, na atualidade, pode ser entendida como ações dirigidas à melhora genética da comunidade humana ou de uma raça determinada, mediante o estudo e controle da procriação. Pode ser tomada em duas acepções primordiais: *eugenia positiva* e *eugenia negativa*. A primeira visa à otimização das raças e geração de indivíduos com características desejáveis, seja através da seleção de gametas de doadores portadores desses traços ou de pré-embriões gerados a partir destes, nas técnicas de reprodução assistida. A prática da eugenia positiva suscita questionamentos éticos bastante delicados, já que não se sabe ao certo quais critérios deveriam ser determinantes para o estabelecimento do padrão genético almejado. A resposta a esses questionamentos não é simples porque enquanto para as malformações hereditárias é possível estabelecer certo parâmetro de “normalidade” –embora não sem grandes dificuldades– nos casos de eugenia positiva seria quase impossível evitar uma certa apreciação subjetiva, ou uma tentativa de estabelecimento de um denominado “catálogo de superioridade” positivo. Por outra parte, a eugenia negativa consiste na prevenção da transmissão de genes defeituosos por meio de aconselhamento genético em cruzamentos naturais ou da não-utilização de gametas com genótipos indesejáveis. Numa acepção ampla, a eugenia negativa compreende não só a melhoria das espécies através de técnicas de engenharia genética como também a “esterilização de sujeitos geneticamente defeituosos (enfraquecidos psíquica ou fisicamente), bem como a eliminação de pré-embriões, embriões e fetos que vão se desenvolver e converter em descendência inferior e defeituosa. Constituindo extremo mais radical, a eliminação de seres humanos já nascidos com tendências genéticas qualificadas –ou qualificáveis– como inferiores” [*grifouse*] (Idem, *ibidem*, p. 82).

¹² Vide REGHELIN, Elisângela Melo, *op. cit.*, p. 153.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 155.

Entendia-se então por enfermidade hereditária o retardo mental congênito, a esquizofrenia, a loucura circular (transtorno bipolar ou psicose maníaco-depressiva), a epilepsia grave, a surdez, a cegueira, o alcoolismo e graves deformidades corporais. Refere-se Muñoz Conde ao uso da esterilização como um “passo prévio à eliminação física definitiva daqueles sujeitos”¹⁴.

Com efeito, pode-se vislumbrar, para além de tais fatores, outras circunstâncias a fomentar a tendência apontada, como um crescente interesse político e social apto a controlar de forma satisfatória a ocorrência da criminalidade violenta, protegendo os bens jurídicos fundamentais da pessoa humana.

Nessa trilha, é recorrente uma nova estrutura discursiva de emergência¹⁵ cujos reclamos se adensam em um endurecimento ilimitado das práticas punitivistas, com vistas a inocuizar ou eliminar os sujeitos ativos da delinquência comum, reavivando uma intervenção genocida¹⁶ característica de algumas legislações.

A partir da segunda metade do século XX, incrementa-se, em meio a uma explosão do desenvolvimento tecnológico e científico, a discussão em torno de possíveis respostas penais a uma especial classe de delinquentes, os imputáveis e perigosos.

Os discursos emergenciais apontados são impulsionados por grupos de pressão – *lobbies*– que assumem uma posição de vulnerabilidade ante aqueles delitos, como vítimas em potencial, constituindo-se os assim os chamados “gestores atípicos da moral” (*atypische Moralunternehmer*), divulgadores de um cenário alarmante da criminalidade sexual, quando na realidade constata-se, a partir de estatísticas confiáveis, reduzida ocorrência de delitos dessa natureza.

O tema, como se vê, desperta fascínio espalhando-se pelo terreno fértil do Direito Biomédico e da Bioética cuja origem pode ser identificada no final da Segunda Grande Guerra, quando inúmeros crimes foram cometidos pelos médicos nazistas contra prisioneiros de guerra¹⁷.

Todos os preceitos principiológicos e as normas desenvolvidas após esse período, acredita-se, devem servir de guia quando de uma abordagem científica e compromissada com um modelo democrático catalizador da proteção humana.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo: estudio sobre el Derecho penal del nacionalsocialismo*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 225-226.

¹⁵ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 264.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 263.

¹⁷ Vide, a respeito, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 77.

Impõe analisar, pois, brevemente alguns aspectos da resposta social à criminalidade violenta, culminando com uma abordagem analítica dos atuais modelos de resposta penal aos delitos graves, em especial os relacionados às novas tecnologias, como a psicocirurgia, a castração química e o monitoramento eletrônico.

2. A defesa da sociedade contra o delito: um debate sem fronteiras temporais

O debate em torno das finalidades da pena é travado desde a Antiguidade clássica, onde se identifica com Platão a afirmação de que o fim da pena é a aplicação de um castigo, e o seu efeito é o de melhorar o culpado, livrando-o do cometimento de novos delitos, além de acautelar os demais sobre as consequências da prática delituosa. É dos gregos a prática do ostracismo, afastando das cidades os cidadãos influentes, que por posições políticas pudessem gerar risco ao Estado.

Nota-se aí um evidente destaque preventivo especial e geral que mais tarde vai ser desenvolvido respectivamente por Von Liszt e Feuerbach, constituindo-se na base da estrutura teórica da vertente utilitarista da teoria dos fins da pena¹⁸.

Essa ideia, de cunho eminentemente preventivo especial, também pode ser identificada em Sêneca (4-65 d. C.), para quem a recuperação do criminoso constitui-se em fim e efeito da pena, propondo eliminação aos irrecuperáveis. No medievo, São Tomás de Aquino (séc. XIII) sustentava, ancorado em Platão, a par de outras penas de natureza terapêutica, o endurecimento dos castigos, como mecanismo de arrependimento do pecador, compreendendo a gravidade de sua culpa, onde preponderavam as noções de caridade, compaixão e misericórdia, base da punição canônica¹⁹. Em momento ulterior, Marc Ancel, com seu movimento da Nova Defesa Social, de vertente moderada, identifica na doutrina tomista aquilo que se denominaria “pena medicinal”, cujo objetivo útil consistia em ressocializar o delincente²⁰.

É no cenário característico do século XIX, com o vertiginoso crescimento das cidades europeias e norte-americanas causado pela Revolução Industrial, que se observa um impacto derivado das grandes mudanças sociais (industrialização, (i)migração, conflitos culturais...),

¹⁸ Vide, a respeito das teorias dos fins da pena, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 553 e ss.

¹⁹ Vide REGHELIN, Elisângela Melo, op. cit., p. 84.

²⁰ Vide PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 95-97.

revelando-se índices quantitativos superiores da criminalidade urbana²¹. Recorre-se, então, a novos métodos de combate à criminalidade, paralelamente a um policiamento e implementação de planejamento e higienização urbanos²².

Nesse sentido, o Código Penal francês de 1810 trazia uma série de medidas “educativas” contra jovens entre 13 e 18 anos considerados sem discernimento, ao lado de medidas segregacionais indefinidas para os reputados “vagabundos”, mesmo que após o cumprimento de pena que se lhes aplicasse ante uma prática delitiva. Já em 1832, ditos delinquentes, uma vez libertos, eram submetidos a um sistema de “vigilância especial” policial, cujo acolhimento pelo Direito italiano resta evidenciado no Código Zanardelli de 1889, de grande influência na legislação europeia e da América Latina (Brasil, Uruguai, Venezuela), como típicas medidas de segurança, mesmo que sob outra denominação²³.

O princípio da defesa social, como se observa, parte de uma premissa de que a sociedade, e o próprio indivíduo delinquente, possuem direito à autoconservação, onde as formas de controle social de segregação ou inocuização aos inadaptáveis são de todo necessárias à harmonia social.

Nesse contexto, estruturam-se os postulados da Defesa Social cujas ideias acabam por tomar três importantes direções. Uma concepção extremista ou de Gênova, capitaneada por Filippo Gramática, para quem a sanção penal deve ser aplicada a todos os antissociais. Não se deve punir por ter-se praticado o delito, mas pela própria periculosidade social do delinquente. O sistema de defesa social, portanto, deverá substituir as penas por medidas de prevenção, elegendo a cura e a educação social do homem como seu fundamento²⁴. Outra vertente de índole moderada, representada por Marc Ancel, postulava um sistema integrado de penas e medidas de segurança, atribuindo maior importância à questão do livre arbítrio do delinquente²⁵.

²¹ Conforme dispõe Antonio García-Pablos de Molina, desde 1860 numerosos grupos de emigrantes de todos os lugares da Europa chegam à América do Norte e se assentam nas cidades do meio oeste. O impacto de tais movimentos migratórios se faz sentir especialmente em Chicago, que conta com 110.000 habitantes em 1860 e ultrapassa os 2.000.000 em 1910. A *imigração* massiva e o processo vertiginoso da *industrialização* criam um novo tipo de *habitat* de organização, estruturalmente distinto do tradicional. A cidade grande se transforma em “crisol” de etnias, religiões, culturas e cosmovisões. Mas também em um preocupante foco de problemas sociais, derivados da mudança social e do conflito cultural: pobreza, marginalização, suicídio, alcoolismo, prostituição, criminalidade. Em definitiva, o problema da *integração* à sociedade norte-americana de “culturas” com personalidade própria: o da adaptação conflitiva a uma nova estrutura urbana e industrializada de grupos muito heterogêneos (costumes, língua, educação, riqueza, raça, etc.) e mutáveis (vide *Criminologia*, cit., p. 284).

²² Vide REGHELIN, Elisângela Melo, op. cit., p. 84.

²³ Idem, ibidem, p. 87.

²⁴ Vide GRAMÁTICA, Filippo. *Principes de Défense Sociale*. Paris: Cujas, 1963, p. 33.

²⁵ Vide ANCEL, Marc. *A nova Defesa Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 29 e ss.

Por fim, uma corrente conservadora, cujo corifeu é Pietro Nuvollone, estrutura seus postulados a partir de um conteúdo bastante próximo do Direito Penal clássico, propugnando a unificação entre penas e medidas de segurança, sem, no entanto, enfrentar o tema vinculado à principiologia penal clássica quando, a título de exemplo, não resolve o fato de que pelo princípio da legalidade exige-se a anterior prática de um crime para a infringência de pena, enquanto que para a aplicação de uma medida de segurança, prescinde-se da prática anterior de um ilícito típico²⁶.

Como se vê, esse ideário defensionista, cujas ideias principais foram formuladas a partir dos postulados da Escola Positiva, para a qual a conduta humana é o resultado de um conjunto de causas naturais, menosprezando o aspecto da liberdade humana no agir, surge para socorrer carências do sistema penal clássico, ancorado excessivamente no retribucionismo penal, onde a pena é uma resposta justa à infração da norma.

Em verdade, os castigos e experimentos práticos em face dos indivíduos de comportamento “antissocial” sempre se fizeram presentes. As técnicas de castração química com o uso de substâncias como o *acetato de medroxiprogesterona*, redutores dos níveis de testosterona no organismo humano, encontram seu paralelo nas práticas de castração física. As intervenções psicocirúrgicas da atualidade têm seus precedentes em modelos totalitários como o implementado durante o regime nacional-socialista de Hitler, onde experimentos humanos nunca antes observados se fizeram rotineiros.

Os modelos punitivos característicos de momentos pretéritos da história parecem ressurgir em meio ao que se tem denominado “sociedade de risco”, especialmente pelas valorações político-criminais próprias do Movimento da Lei e da Ordem (*Law and Order*) surgida na década de setenta nos EUA com ampla ressonância até a metade da década de oitenta, quando se verifica um incremento da criminalidade violenta direcionada a seguimentos sociais mais privilegiados, até então indenes a ataques agressivos.

O terrorismo político de facções vinculadas tanto à esquerda quanto à extrema direita, o avanço do tráfico de entorpecentes, do crime organizado, da corrupção e da impunidade em geral²⁷, e especialmente o crescimento da demanda por mais repressão aos criminosos sexuais violentos, considerando aqueles fatores comunicacionais antes referidos, são as principais causas da demanda que aqui se denuncia.

²⁶ Vide REGHELIN, Elisangela Melo, op. cit., p. 86.

²⁷ Vide SILVA FRANCO, Alberto, op. cit., p. 78.

Anote-se, por outro lado, como pondera o sociólogo polonês Bauman²⁸, que existe uma necessidade psicossocial de engajamento numa causa que revele o sentimento de insegurança coletiva –especialmente nos delitos de natureza sexual e violenta- mesclado a um forte desejo de vingança. Esse incremento da demanda punitivista acaba por fazer surgir um verdadeiro Direito Penal da periculosidade.

Tratar-se-á aqui dos modelos referidos na atualidade, como novas formas de reposta penal, a partir de algumas considerações de natureza conceitual.

3. Psicocirurgia: aspectos históricos e procedimentos

Historicamente, a psicocirurgia foi utilizada como meio de tratamento de indivíduos com distúrbios psiquiátrico comportamentais ante a ineficácia de métodos farmacológicos e psicoterápicos²⁹. A operação da lobotomia, uma conduta cirúrgica desenvolvida pelo neurologista português Egas Moniz, consiste na separação da conexão entre o tálamo e o lobo frontal³⁰. Moniz publicou sua monografia em 1936, tendo recebido o Nobel em Medicina no ano de 1949 por seu trabalho em lobotomia pré-frontal. Já em 1935, a técnica concebida por Moniz foi realizada pelo neurocirurgião Almeida Lima, tendo sido introduzida imediatamente a esse momento nos Estados Unidos da América, pelos doutores Walter Freeman e James Watts.

Diversas técnicas neurocirúrgicas foram idealizadas com o intuito de seccionar as fibras tálamo-frontais, que se expandem do núcleo dorso medial do tálamo aos polos frontais. Esses experimentos trouxeram a evidência que somente secções limitadas da massa cortical branca eram necessárias para produzir o resultado terapêutico desejável³¹. A partir daí, desenvolveram-se processos neurocirúrgicos mais e mais delimitados.

Na atualidade, o processo mais conhecido é a talamotomia, onde os núcleos talâmicos dorsomediais são destruídos por eletrólise. Segundo Kolb, o bloqueio do lobo frontal, inicialmente por procaína e mais tarde por injeções de álcool tem sido tentado. Na atualidade, as lobotomias realizadas, em geral, são feitas através de craniotomias, abertas por

²⁸ Vide BAUMAN, Zygmund. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 17-18.

²⁹ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 267.

³⁰ Vide KOLB, Lawrence, C. *Psiquiatria clínica*. Tradução: Sônia Regina Pacheco Alves. Rio de Janeiro: Guanabara, 1997, p. 655.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 655.

neurocirurgiões. A técnica desenvolvida pelo Dr. W. Freeman, a lobotomia transorbital, vem sendo abandonada³².

Como anota Pedrosa Sanches³³, são métodos comuns os seguintes: *cingulotomia*, *tractomia subcaudada*, *leucotomia límbica*, *capsulotomia anterior* e *hipotalamotomia posteromedial* – a última para casos especiais de irreduzível agressividade³⁴.

Essas intervenções, levadas a cabo por *técnicas estereostáticas*, consistem na produção de uma lesão em específicas regiões do cérebro, constatando-se, a propósito, um elevado número de complicações e efeitos adversos de magnitude considerável como cefaleia, náuseas, confusão mental, crises epiléticas³⁵, dentre tantos outros. Caminha-se para um aperfeiçoamento de modernos métodos psicocirúrgicos de *neuromodulação elétrica* ou *química*, permitindo-se um tratamento de inúmeros transtornos do sistema nervoso por um mecanismo aditivo e não destrutivo. Nesse sentido, tem-se a técnica da denominada *neuroestimulação*, pela qual se estimula determinadas regiões cerebrais por meio de eletrodos acoplados à superfície do cérebro³⁶.

A literatura especializada descreve a lobotomia como sendo “uma conduta radical”, aventurada somente após o fracasso de outras formas de tratamento, inclusive drogas tranquilizantes e algumas formas de terapia de choque. Há um elevado número de complicações e efeitos adversos observados em ditas intervenções cirúrgicas³⁷.

Seu uso foi reduzido sensivelmente após o desenvolvimento de alguns fármacos e novas técnicas psicoterápicas. Como se conclui, esse fato não aboliu, ao menos em tese, o uso da referida técnica, ainda convencional ante o fracasso ou ineficácia dos instrumentos farmacodinâmicos.

Segundo a OMS, a psicocirurgia é uma intervenção médica consistente na “secção cirúrgica seletiva ou destruição de vias nervosas com o propósito de influenciar o comportamento humano”.

³² Idem, ibidem, p. 655.

³³ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 269.

³⁴ Idem, ibidem, p. 268.

³⁵ Idem, ibidem, p. 268, nota 11.

³⁶ Idem, ibidem, p. 269, nota 12.

³⁷ Destaca-se que “a *cingulotomia* pode produzir cefaleia, náusea, febrícula, enjoos, sensação transitória de instabilidade ao caminhar, confusão mental, retenção urinária e crises epiléticas isoladas; a *tractotomia subcaudada* confusão mental transitória (10%), crises (2%) e mudanças não desejadas na personalidade (7%) – constatou-se, em uma série de mais de 200 pacientes um caso de coma e um falecimento por lesão hipotalâmica, após a migração do material radioativo empregado -; a *leucotomia límbica* episódios de confusão e incontinência urinária no pós-operatório imediato, letargia (12%), alterações de personalidade (7%) e um caso de perda grave de memória; a *capsulotomia anterior* em um estudo desenvolvido com 115 pacientes apresentou confusão mental transitória (86%), incontinência (27%) e astenia (32%) – um destes 115 pacientes apresentou hemorragia intracraniana e outro desenvolveu crises epiléticas – e aumento de peso (10%) (ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 268).

O uso desse meio modulador do comportamento humano, no âmbito penal, esteve relacionado ao tratamento de sujeitos inimputáveis portadores de certos transtornos de irreduzível agressividade. No entanto, ainda que em menor medida, recorre-se ao uso da psicocirurgia no “tratamento” de indivíduos que –mesmo padecendo de alguns transtornos da personalidade- não tenham cometido delitos decorrentes dessa situação mental.

A novidade, no entanto, se dá com o debate em torno da possibilidade de regulação legal da imposição da psicocirurgia a pessoas consideradas portadoras de periculosidade criminal, ainda que penalmente imputáveis, quando da prática de determinados delitos violentos, especialmente os de natureza sexual.

Como resposta penal, a psicocirurgia encontrou aceitação na legislação dos Estados Unidos da América. Com efeito, foi o Estado de Oregon que em 1973 incorporou a sua legislação uma série de disposições sobre a matéria, modificada posteriormente em 1981. Segundo o Estatuto Legal daquele Estado, a intervenção cirúrgica no cérebro de delinquentes podia ser empreendida mediante uma prévia autorização de um comitê constituído especialmente para esse fim³⁸.

Na sequência, o Estado da Califórnia constituiu-se no segundo Estado a regulamentar a matéria, e em 1974 são incorporadas as seguintes disposições:

- a) A primeira, regulando a aplicação dessa forma de terapia a pessoas privadas de liberdade, seja em estabelecimentos penitenciários, seja em centros de terapia social e mental, e que se vincule a condenações pelo cometimento de uma infração sancionada pelo Código Penal³⁹;
- b) A segunda, tratando da aplicação da psicocirurgia a pessoas privadas ou não de liberdade, que não tenham sido julgadas penalmente⁴⁰. Essa legislação é coincidente com a observada no Estado de Oregon, salvo quanto à carência de validade do consentimento outorgado por um representante legal, no caso de incapacidade. Afora isso, a legislação californiana, da mesma forma que a do

³⁸ Referido comitê estava formado por nove membros designados pelo governador do Estado de Oregon e devia observar, como condição para a autorização de uma intervenção cirúrgica de esta natureza, fundamentalmente os seguintes requisitos: a) que o paciente tenha outorgado seu consentimento; b) que com o fim de conseguir uma melhoria do paciente, previamente tenham se provado os demais métodos alternativos (v. g. farmacológicos) dos quais a ciência dispõe no momento já e que não se tenham conseguido os resultados desejados; e c) que se tenha a certeza de que mediante a execução da psicocirurgia, o paciente obterá certos benefícios para sua saúde (vide DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE. *Protection of Human subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, 1977, p. 26.321).

³⁹ Vide Código Penal da Califórnia § 2670.

⁴⁰ Vide Código de Bem-estar e Instituições da Califórnia (*Welfare and Institutions Code*), § 5.325.

Estado de Oregon, não estabelece distinções entre os pressupostos de aplicação da terapia a delinquentes imputáveis ou semi-imputáveis⁴¹.

A partir de tais postulados, estruturam-se as questões relativas à possível aplicação dessa medida “terapêutica” como parte do tratamento a delinquentes imputáveis e considerados perigosos. Com efeito, a jurisprudência e legislação estadunidense não tem se mostrado unânime quanto à validade do consentimento outorgado pelo condenado a fim de submeter-se à respectiva intervenção. Nesse sentido, as diferenças entre as legislações californianas e de Oregon podem ser comprovadas pela não pacífica jurisprudência relacionada ao tema⁴².

3.1 Considerações acerca da constitucionalidade da psicocirurgia: viabilidade político-criminal

Pelo que foi relatado, poderíamos afirmar em um primeiro momento, que a psicocirurgia levada a cabo após o consentimento do condenado (evidentemente não se condicionando o tratamento à concessão de benefícios penais) poderia ser válida com relação a delinquentes imputáveis e perigosos uma vez inexistentes outros métodos alternativos para o tratamento da perigosidade⁴³.

Parte da doutrina argumenta que, nesses casos, o paciente poderá obter certos benefícios pessoais, tais como a diminuição da periculosidade criminal portada.

Não obstante, resta claro que não se pode afirmar que a aplicação das técnicas da psicocirurgia constitua um método adequado para tratar a periculosidade de todos os delinquentes, pois é sabido que em alguns casos essa condição pessoal está condicionada a certos fatores hormonais (especialmente no caso de delinquentes sexuais, onde existe a possibilidade de produção anômala de testosterona, condicionando níveis intensos da

⁴¹ Anota ARMAZA que existem alguns precedentes no âmbito jurisprudencial dos Estados Unidos que já analisaram a possibilidade de autorizar uma intervenção psicocirúrgica em pessoas condenadas por delitos contra a liberdade sexual. Um exemplo bastante relevante disso é o caso *Kaimowitz vs. Department of Mental Health* (Civil n. 73-19434-AW), onde se discutia a validade do consentimento outorgado pelo condenado (op. cit., p. 270).

⁴² Assim, enquanto no caso *Kaimowitz vs. Department of Mental Health* o consentimento outorgado pelo acusado é considerado inválido pelo julgador, no julgado *Aden vs. Younger* (57 Cal. App. 3d 662-1976), aceitou-se sem maiores objeções a sua manifestação de vontade.

⁴³ A perigosidade, ou periculosidade, deve ser aferida com base em um juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (*diagnóstico da periculosidade*) e o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (*prognose criminal*) (vide ROMEO CASABONA, Carlos M. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 30).

probabilidade de reincidir na delinquência) e não a elementos de origem plenamente neuronal⁴⁴.

Por outro lado, as técnicas conhecidas não impedem a ocorrência de uma série de efeitos secundários adversos de considerável magnitude e importância, concluindo-se pela subversão dos princípios da beneficência e o da proporcionalidade em tais casos.

Não se olvide que a aplicação da psicocirurgia constitui-se em um processo de afetação da integridade física do indivíduo, o que se apresenta como incompatível com o modelo do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela presença de um núcleo protetivo de direitos inerentes à própria condição humana, impeditivo da prática de atos que atentem a direitos fundamentais do indivíduo⁴⁵.

A afetação à integridade psíquica do sujeito é evidente. A incorporação de semelhante modelo ao ordenamento jurídico constitucional dos países de índole democrática, mesmo que sob a argumentação da necessidade da proteção dos interesses de defesa social, configura o atentado aos direitos fundamentais *supra* citado.

Ademais, numa perspectiva penológica, a medida vulnera o princípio *da adequação a um fim determinado*, posto que as medidas de segurança orientam-se a certos fins preventivo-especiais (sejam terapêuticos ou inocuidadores), exigindo-se o respeito ao *princípio da proporcionalidade*. Não materializando a psicocirurgia nenhum dos fins propostos (como no caso de perigosidade cuja origem não seja dos sistemas neuronais), ilegítimo seria o mecanismo empregado.

4. Castração química: aproximação conceitual e procedimentos

De início, esclareça-se que o termo “castração química” aqui utilizado possui conteúdo diverso de “castração” como destruição das glândulas sexuais masculinas (*orquiectomia*, *emasculação*) ou femininas (*ovariectomia* ou *ooforectomia*). Tampouco se confunde com o

⁴⁴Nesse sentido, vide GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 217, que advertem para o fato de que “nos últimos anos, e a propósito da delinquência agressiva e sexual, proliferaram investigações tendentes a demonstrar algum tipo de relação entre os níveis de testosterona e a conduta criminal masculina; assim como foi objeto de debate o êxito dos tratamentos hormonais em delinquentes sexuais”.

⁴⁵ Assim, parece claro aqui que qualquer iniciativa legislativa no sentido de previsão da psicocirurgia como pena violaria a Carta Magna em seu núcleo fundamental estruturado na proteção do ser humano. Nesse sentido, reza o texto constitucional brasileiro: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII - não haverá penas: b) de caráter perpétuo; (...) e) cruéis. (...) Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.

conceito de “esterilização”. Por *esterilização*, deve-se entender a ação de privar de forma permanente ou duradoura⁴⁶ a capacidade de reprodução de uma pessoa, sem que para isso restem comprometidas sua libido ou possibilidade física de realizar o ato sexual⁴⁷. A provocação da esterilidade, incriminada pela Lei 9.263/96 quando executada de forma irregular, sempre se dá mediante procedimentos cirúrgicos específicos. Contudo, de modo geral, é possível afirmar que trata-se de ato sancionado criminalmente na maioria dos países, por implicar um grave atentado não só à liberdade de procriação ou ao direito fundamental ao planejamento familiar (art. 226, §7º, da Constituição Federal), mas sobretudo à integridade física do sujeito esterilizado, privando-o de uma função vital, inerente à sua personalidade.

Com efeito, o conceito de “castração química” não pressupõe nenhum tipo de mutilação, extirpação ou destruição de órgãos sexuais humanos, senão a um processo de controle hormonal do indivíduo⁴⁸. Trata-se de técnica que se utiliza da injeção de hormônios de natureza sintética (*depoprovera*) no indivíduo, cujo efeito é o bloqueio das glândulas produtoras de testosterona, diminuindo, por consequência a frequência e a intensidade do desejo sexual.

Anote-se que, segundo a literatura especializada, os efeitos produzidos são temporários e reversíveis, retomando-se o estado anterior da intervenção alguns meses após a cessação do tratamento.

No entanto, como relata Torío López, “existe um alto risco de que se produzam alguns efeitos adversos de considerável gravidade tanto físicos (diabetes, trombozes, hipertensão, redistribuição da gordura corporal, etc.) como psicológicos (depressão)”⁴⁹.

⁴⁶ Já que a esterilização meramente temporária, por meios bioquímicos ou hormonais (ex. pílula anticoncepcional) não é incriminada pelas leis penais como verdadeira esterilização. Contudo, cabe advertir que mesmo quando a esterilização mediante procedimentos cirúrgicos seja reversível (ex. vasectomia), restará igualmente caracterizado o delito de esterilização da Lei 9.263/96, pois do contrário a evolução dos procedimentos médico-cirúrgicos acabaria tornando inócua o tipo penal que proibisse essas condutas (como salienta ROMEO CASABONA, Carlos M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Ramón Areces, 1994, p. 262).

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 260. Nessa linha, tem-se que *esterilização* não é o mesmo que *castração física*, já que esta, embora sempre implique também na esterilização do ofendido, consiste na ablação dos próprios órgãos genitais da vítima, impossibilitando-a para o ato sexual.

⁴⁸ Diferentemente, portanto, da castração física feita a macete, e aplicada aos delinquentes sexuais durante o período colonial pelas Ordenações do Reino. As Ordenações do Reino que compunham as Leis Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, formavam a base do sistema penal português, que por sua vez também vigoravam no Brasil. Entre as penas estavam a morte, a mutilação através do corte de membros, o degredo, o tormento, a prisão perpetua, a capação e o açoite. Até mesmo depois da sua independência de Portugal, o Brasil continuou adotando penas não menos violentas e cruéis. O homem que praticasse determinados atos sexuais considerados imorais ou criminosos poderia ser condenado à castração física, então conhecida por “capação” que podia ser concretizada de várias maneiras, contanto que com o castigo o agressor não tivesse mais possibilidade de voltar a delinquir devido à perda total do seu apetite sexual.

⁴⁹ Vide TORIO LÓPEZ, Ángel. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes. *Revista del Poder Judicial*, nº 4, 1986, p. 69-82.

A par da consideração, veiculada por setores que apoiam essa medida, no sentido de que esta neutraliza a periculosidade do agente criminoso sem recorrer-se à pena privativa de liberdade, o fato é que as associações de apoio a vítimas de agressões sexuais em todo o mundo não acreditam que a castração química afaste o risco de agressão sexual⁵⁰.

4.1 Considerações acerca da constitucionalidade da castração química: viabilidade político-criminal

Abalizada doutrina tem questionado a regulação da castração química porque observa-se evidente vulneração ao princípio da proporcionalidade, eis que há inegável afetação dos direitos fundamentais do indivíduo relacionados ao respeito à sua integridade física e psíquica. Essa violação resulta maior que a eventual inocuidade da perigosidade criminal do condenado⁵¹.

Na atualidade, a castração química é cominada como pena aos autores de crimes sexuais pelo Projeto de Lei 552/2007, de autoria do senador Gerson Camata, desde que os mesmos sejam considerados pedófilos. O projeto, nas emendas que sofreu na Comissão de Constituição e Justiça, foi aprimorado e ainda está em tramitação, aguardando a realização de audiência pública requerida para o debate da matéria.

Em verdade, na discussão de tema tão tormentoso, deve-se considerar, para além da conveniência e utilidade da medida, sua admissibilidade ética frente ao indivíduo⁵². Vale dizer que se por um lado a medida se apresenta em tese como viável no controle da criminalidade sexual, por outro resta fazer uma investigação de índole jusfilosófica acerca da legitimidade de aplicação de penas corporais por um Estado Democrático e Social de Direito.

Não há, com efeito, pelo que se observou, uma demonstração de inequívoca eficácia do controle da criminalidade sexual pelo uso de tais intervenções. Estas, por sua vez, atingem desproporcionalmente os direitos fundamentais do cidadão, sendo certo que se afiguram como contrárias à própria ideia de Estado de Direito, como um Estado *antropologicamente amigo*, ao respeitar a *dignidade da pessoa humana* e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade⁵³.

⁵⁰ Vide GARCIA ANDRADE, José Antonio. *Psiquiatria Criminal y forense*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aeres, 2002, p. 214-215.

⁵¹ Vide GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona: Aranzadi, nº 738, 2007, p. 01-08.

⁵² Vide REGHELIN, Elisangela, op. cit., p. 157.

⁵³ Vide GOMES CANOTILHO, J. J. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 82-83. Adverte igualmente para o perigo de lesão à dignidade da pessoa humana que a adoção dessa prática pode

Com efeito, à semelhança do que fora relatado quanto aos inconvenientes da intervenção cirúrgica, não se pode afirmar que a aplicação da castração química se constitua em um método infalível ao tratar a periculosidade de delinquentes sexuais, pois é sabido que em alguns casos essa condição pessoal está condicionada a certos fatores de origem neuronal, o que impediria a ocorrência de resultados seguros.

Por outro lado, constata-se uma série de efeitos secundários adversos de considerável magnitude e importância, o que subverte a proporcionalidade da intervenção e o inarredável respeito à *dignidade da pessoa humana*.

Na Constituição Federal brasileira, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema de direitos fundamentais implica o reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Nessa trilha, tem-se que a dignidade humana não aparece como simples criação do legislador, pois sua existência é um dado anterior, aferido de modo prévio à normação jurídica. Constitui, portanto, um princípio de justiça material, de validade *a priori*, positivado juridico-constitucionalmente⁵⁴. De conseguinte, a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula sua atividade normativa, sobretudo em matéria jurídico-penal.

Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um simples direito específico e diferenciado, pois ela constitui uma “síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais”⁵⁵. Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal⁵⁶. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela

implicar BARRILARI, Claudia. Um novo paradigma para a execução penal dos criminosos sexuais: a hormonoterapia. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 219, fev. 2011, p. 18-19.

⁵⁴ A dignidade da pessoa humana é, assim, “uma classe ou categoria que corresponde ao homem como ser dotado de inteligência e liberdade, distinto e superior a todo outro ser criado. Implica um tratamento de acordo com a natureza humana. Atentar-se-á contra a dignidade humana sempre que se esqueça dessa superioridade essencial do homem, considerando-o como qualquer outra parte da natureza” (GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.112).

⁵⁵ Vide GRACIA MARTÍN, Luis; Díez Ripollés, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.419.

⁵⁶ Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.22-23.

de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5º, III, CF) de todos os indivíduos.

A castração química atinge a integridade física, psíquica e moral do indivíduo, o que viola as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, caracterizado pela preservação de direitos inerentes ao ser humano. A incorporação desse modelo ao ordenamento jurídico constitucional viola a estrutura humanitária insculpida no texto maior, não se justificando sequer pelo prisma da necessidade de proteção de interesses de defesa social.

Ademais, a medida também vulnera o princípio *da adequação a um fim determinado*, posto que as medidas de segurança orientam-se a certos fins preventivo-especiais⁵⁷ (sejam terapêuticos ou inocuidadores), exigindo-se o respeito ao *princípio da proporcionalidade*. Não se alcançando os fins propostos em todos os casos (como no caso de periculosidade cuja origem não seja resultado de distúrbios hormonais, ao contrário por disfunção do sistema neuronal), ilegítimo resulta o uso da castração química.

5. Monitoramento eletrônico

A utilização de tecnologias como aparato do sistema penal é um fato na pós-modernidade. Com efeito, a sociedade de risco sombreada pelo medo e insegurança sociais sugere forte demanda por mecanismos punitivistas tendentes a controlar ou, como se observa em alguns discursos de imprecisão científica, “combater” a criminalidade, especialmente a violenta e sexual.

O filósofo Michel Foucault⁵⁸ descreveu com precisão o monitoramento dos indivíduos pelas instituições totais no controle de sua localização espacial. O monitoramento eletrônico, como produto do avanço tecnológico característico do lustro final do último século, passa a ser apontado como uma das maravilhas punitivas do novo milênio⁵⁹. O que se traduzia em ficção científica converte-se hoje em realidade a serviço da justiça penal.

Por “monitoramento eletrônico” (*electronic tagging*) entende-se toda técnica aplicada a uma pessoa que, como consequência da prática de um delito, é submetida a monitoramento

⁵⁷ Vide PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 743-744.

⁵⁸ Vide FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 15 e ss.

⁵⁹ Vide REGHELIN, Elisângela, op. cit., p. 159.

mediante vigilância telemática de sua localização geográfica, bem como da presença de certas substâncias proibidas em seu organismo e ainda de alterações fisiológicas em seu corpo^{60,61}.

Há vasta terminologia empregada pelos diversos Estados com referência ao mecanismo sob comento, demonstrando falta de consenso conceitual seja no âmbito doutrinário, seja no das legislações existentes⁶². Denomina-se indistintamente “controle eletrônico”, “vigilância eletrônica”, “seguimento telemático”, “monitoramento telemático”, etc. No Brasil, tem se usado o conceito monitoramento eletrônico.

Segundo Armaza⁶³, um rigor na elaboração e utilização de um termo que se identifique plenamente com o conteúdo do mesmo há que ser decantado a partir de todas as opções que contenham a palavra “telemático”, pois que nem todo controle eletrônico será necessariamente desenvolvido à distância, ou seja, de forma telemática⁶⁴.

De qualquer forma, caracteriza-se o “controle telemático” como medida que visa a restringir a liberdade do sujeito, substituindo os inconvenientes da realidade carcerária observados na atualidade e diminuindo a população prisional.

A origem do monitoramento eletrônico se dá nos anos de 1970, nos Estados Unidos, quando o professor Robert Schwitzgebel, um psicólogo da Universidade de Harvard, desenvolve pesquisas na terapia de presos. A superlotação carcerária observada na década seguinte aumenta o interesse pelo sistema desenvolvido, quando, em 1982, na cidade de *New Mexico* o juiz Jack Love fixa a medida de monitoramento eletrônico em acessoriedade à prisão

⁶⁰ Em alguns sistemas penais – por exemplo o argentino (art. 13, num. 2°), o boliviano (art. 61), o nicaraguense (art. 104) – prevêm, em alguns casos – geralmente como requisito para a concessão da liberdade condicional – a obrigação de abster-se de consumir álcool ou outros tóxicos. Nos Estados Unidos, desenvolveu-se o Programa SCRAM (*Secure Continuous Remote Alcohol Monitor*) mediante o qual se pode controlar periodicamente – normalmente uma vez ao dia – se o sujeito consumiu ou não bebidas alcoólicas.

⁶¹ No mercado existem dispositivos de monitoramento eletrônico que, mediante o uso de tecnologia GPS, são capazes de controlar e registrar tanto o ritmo cardíaco como a frequência respiratória do condenado. O objetivo desse controle é precisamente medir o nível de agressividade e/ou excitação sexual do sujeito submetido a tal medida. É importante ressaltar que esta tecnologia, ante a detecção de um comportamento anormal no sujeito condenado, também é capaz de desencadear uma descarga elétrica ou de injetar um tranquilizante no corpo do sujeito. As principais objeções suscitadas em relação a esses dispositivos – que, vale a pena recordar, até o momento não foram utilizados em nenhum sistema penal – tiveram acolhida e sustento na ideia de que a finalidade preventiva de tal tecnologia unicamente se logra mediante uma intervenção invasiva no ser humano que facilita, posteriormente, uma pena corporal, atentando dessa maneira contra os direitos fundamentais da pessoa humana (vide GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control electrónico y sistema penitenciario. *Jornadas penitenciarias andaluzas*. Sevilla: Consejería de Gobernación, 1994, p. 73).

⁶² Vide RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel eletrónica y sistema penitenciario del siglo XXI. *Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares*. Disponível em: <http://www.uah.es/derecho/facultad/anuario2005.htm>. Acesso em: 27 ago. 2012.

⁶³ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 276.

⁶⁴ Nesse sentido, entende-se por “telemática”, do ponto de vista conceitual, a aplicação das técnicas da telecomunicação e da informática à transmissão a longa distância da informação computadorizada.

domiciliar. Em cinco anos, 30 Estados já utilizavam a medida, e 4.750 presos eram monitorados somente no Estado da Flórida⁶⁵.

A partir daí, a nova tendência migra para o continente europeu, especialmente para a Inglaterra e País de Gales, sendo que em 1981 Tom Stacey, um periodista do *Sunday Times* cria a *Offender's Tag Association* (OTA), objetivando a possibilidade de reinserção na comunidade de criminosos mediante a supervisão de seus movimentos⁶⁶.

Outras nações como a França têm regulamentado o monitoramento eletrônico no tocante à prisão provisória e mesmo como pena, sendo que em 2005 a polêmica Lei n° 1.549 possibilitou a utilização do controle virtual em indivíduos que já houvessem cumprido pena, fato que, obviamente, convida à reflexão crítica sobre as finalidades da pena e a legitimidade do uso desse mecanismo em casos tais.

A Suécia, pela Lei sobre Vigilância Intensiva, utiliza desde 1994 o monitoramento eletrônico, inicialmente vinculado à prisão domiciliar, como substitutivo de penas de curta duração, aliado ao programa de reinserção social de egressos e testagens de consumo de álcool e outras drogas⁶⁷. Já em 1999, o sistema cobria todo o país, alcançando penas de prestação de serviços à comunidade e como medida substitutiva de privativas de liberdade⁶⁸.

Na Alemanha, seu uso relaciona-se à aplicação de meio alternativo à pena de prisão, como forma especial de execução penal, dentro do instituto da suspensão condicional da pena (*Strafaußsetzung zur Bewahrung*), no âmbito da liberdade provisória e da prisão preventiva. Canadá e Suécia monitoram eletronicamente, contudo mediante enfoque mais humanitário do que o empregado nos Estado Unidos, utilizando a tecnologia como forma de diminuir a população carcerária⁶⁹.

O Código Penal espanhol de 1995 possibilita o uso de pulseiras eletrônicas no caso de substituição de pena privativa de liberdade por multa ou por trabalho com a adicional imposição de outras obrigações⁷⁰.

O Conselho da Europa e União Europeia tem se mostrado atento à questão, no que se refere ao fator de violação da dignidade da pessoa humana, já que a intimidade do preso e de seus familiares acaba violada.

⁶⁵ Vide REGHELIN, Elisangela, op. cit., p. 159.

⁶⁶ Vide TORRES ROSEL, Núria. La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado. *Revista Aranzadi de Derecho Penal y Proceso Penal*. Pamplona: Aranzadi, n° 19, 2008, p.71-91.

⁶⁷ Vide MONTESINOS GARCÍA, Ana. Pulseras electrónicas y derechos fundamentales. *Revista Jurídica Valenciana*, disponível em: www.tirantonline.com. Acesso em: 20 jun. 2012.

⁶⁸ Vide REGHELIN, Elisangela, op. cit., p. 163.

⁶⁹ Vide TORRES ROSEL, Nuria, op. cit., p. 71-79.

⁷⁰ Vide REGHELIN, Elisangela, op. cit., p. 173.

No continente americano, os sistemas penais da Argentina e Nicarágua preveem o uso do monitoramento eletrônico em alguns casos como requisito para a concessão de livramento condicional e controle do uso de álcool e outras drogas⁷¹.

Existem fundamentalmente dois modelos básicos de monitoramento eletrônico, qual sejam o modelo estático ou de primeira geração e o móvel ou de segunda geração, com elementos e finalidades diversos. Fala-se ainda em um modelo de terceira geração⁷².

O controle de primeira geração ou estático é aplicado no caso de prisão domiciliar. Fundamentalmente, detecta a presença de alguém em determinado local, pelo que funciona mediante a implantação de um transmissor acoplado ao corpo do sujeito monitorado e um receptor no lugar em que sua presença é desejada em horários fixados pelo mandamento judicial, a residência, por exemplo, possível pela emissão de sinais de radiofrequência. Inversamente, pode-se monitorar a presença dessa pessoa em local indesejado, a exemplo da residência de uma vítima. É o que tem sido chamado de monitoramento estático bilateral⁷³.

No tocante ao modelo de segunda geração ou de controle móvel (*tracking*), é possível o monitoramento continuado dos movimentos de uma pessoa mediante o uso da rede de satélites (GPS: *Global Position System*), ou mesmo, ante os problemas atuais das assim chamadas “zonas de sombra”, onde em complexos urbanos se observa a interrupção de sinais, tem sido utilizado o sistema GSM (*global servisse mobile*), baseado em antenas telefônicas, possibilitando ao operador a identificação do “ponto exato” da pessoa monitorada, restringindo determinadas áreas de acesso assim chamadas de “zonas de exclusão”⁷⁴.

Ressalte-se que, quanto a esse modelo, podem-se identificar três formas de aplicação. No modo passivo, o monitoramento se dá de forma retrospectiva, identificando os lugares acessados pelo sujeito. Por sua vez, é possível uma modalidade ativa (*continuous tracking*) envolvendo controle de tempo real do deslocamento do indivíduo monitorado. Por fim, uma modalidade híbrida das duas formas observadas, quais sejam ativa e passiva, adaptadas às peculiares condições do caso concreto⁷⁵.

Existe referência, ainda, a mecanismos de terceira geração, como aparatos de identificação de voz (técnicas biométricas de reconhecimento e autenticação), a instalação de “alcoólimetro” no indivíduo e dispositivos altamente sofisticados incluindo minicâmeras e até possibilitando informações a distância do ritmo cardíaco e da frequência respiratória do

⁷¹ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 275.

⁷² Vide TORRES ROSSEL, Nuria, op. cit., p. 71-91.

⁷³ Vide REGHELIN, Elisangela, op. cit., p. 165.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 166-167.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 166.

condenado, possibilitando um controle do nível de agressividade e excitação sexual do sujeito submetido à medida, sendo possível emitir uma descarga elétrica ou a injeção de tranquilizantes no corpo deste⁷⁶.

Usualmente, o controle telemático é realizado a base de pulseiras eletrônicas, conhecidos nos países anglo-saxões por *Ankle Monitor* (monitor de tornozelo)⁷⁷, sendo esta, no entanto, apenas uma das tecnologias disponíveis para que se leve a cabo o monitoramento eletrônico. Há dispositivos em formato de um *chip*, facilmente injetados por sob a pele do indivíduo sem que sejam identificados por qualquer outra pessoa⁷⁸.

No Brasil, a Lei 12.258, de 15 de junho de 2010, introduziu o monitoramento eletrônico no ordenamento jurídico nacional, alterando a redação da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), nas hipóteses de saída temporária no regime semiaberto e de prisão domiciliar. O novo art. 146-C da LEP determina que “o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça”, e seu parágrafo único estabelece que “a violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I - a regressão do regime; II - a revogação da autorização de saída temporária; VI - a revogação da prisão domiciliar; VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo”. Já de acordo com o novo art. 146-D, “a monitoração eletrônica poderá ser revogada: I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave”.

A edição da Lei nº 12.403, de 2011, por sua vez, inseriu no sistema processual brasileiro o monitoramento eletrônico como um instrumento apto a substituir o encarceramento no caso de prisão processual preventiva. A regulamentação se deu pela edição do Decreto Presidencial nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) e na Lei de Execução Penal.

⁷⁶ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 275.

⁷⁷ Idem, ibidem, p. 276.

⁷⁸ Nesse sentido, existem no momento várias companhias, a exemplo da Xega S. A., que oferecem serviço de vigilância mediante a implantação de um indicador – pouco maior que um grão de arroz – no interior do corpo do cliente, geralmente no braço (vide: <http://www.xega.com.mx/vip.html>).

O primeiro caso de uso do monitoramento eletrônico como medida alternativa anterior à custódia cautelar em nosso país ocorreu recentemente no Município mineiro de Coração de Jesus, onde foi determinado pelo Juiz da Comarca, além do afastamento do cargo, a imposição do uso de tornozeleiras eletrônicas pelo prefeito, o contador e dois secretários investigados pelo crime de fraude em licitações, proibindo-os de acessar os prédios da prefeitura e suas respectivas secretarias⁷⁹.

5.1 Considerações acerca da constitucionalidade do monitoramento eletrônico: viabilidade político-criminal

As tecnologias sob comento, por sua versatilidade, têm sido utilizadas de forma heterogênea no âmbito penal. Com efeito, os mecanismos apontados se observados por um viés exclusivamente funcional parecem seduzir, posto que atingem algumas finalidades preventivas sem que se recorra a medidas restritivas da liberdade do indivíduo. Nesse sentido, o sistema de vigilância eletrônica pode ser executado como forma substitutiva de execução de penas curtas (*front door*), ou como forma de adiantamento da saída do cárcere (*back door*)⁸⁰, mecanismos que visivelmente ajustam-se à tendência da gradativa substituição do cárcere por penas outras que apresentem alguma efetividade.

Veja-se a esse respeito a tendência da legislação brasileira (recentes Leis 12.258/2010 e 12.403/2011), que respectivamente regularam a matéria de execução penal, em que uma antecipação da liberdade se observa na primeira e, pela segunda, um substitutivo ao encarceramento preventivo, ambas medidas que evitam os efeitos deletérios do cárcere e diminuindo a população prisional.

No entanto, questões de índole ética, constitucional e político-criminais devem ser investigadas no trato desse tema. É que direitos fundamentais do indivíduo são postos em risco, como o direito à intimidade, à honra e à imagem, elevados à condição de bens jurídicos fundamentais⁸¹ pela Carta constitucional brasileira (art. 5º), insculpidos que estão no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 1966, na Declaração dos

⁷⁹ Vide <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2012/08/prefeito-em-mg-e-presos-e-tem-que-usar-tornozeleira-eletronica-diz-pf.html>. Acesso em: 30 ago. 2012.

⁸⁰ Vide REGHELIN, Elisângela, op. cit., p. 162.

⁸¹ Bens jurídicos podem ser definidos como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido” (PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 266-267).

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948 (art. 12), e no Pacto de San José de Costa Rica (art. 5º), do qual o Brasil é signatário.

Questiona-se, por um lado, se o uso de braceletes ou tornozeleiras eletrônicas, por serem visíveis, comprometem a autoestima do sujeito, submetendo-o por vezes a situações vexatórias e humilhantes⁸². Demais disso, tal e como encontra-se prevista na legislação brasileira, nota-se facilmente que a utilização do monitoramento eletrônico atingirá na maior parte os acusados e sentenciados que já se encontram fora dos estabelecimentos prisionais, não havendo então como isso possa influenciar a diminuição da superpopulação carcerária⁸³.

Ademais, ante o argumento de que tal recurso preveniria e controlaria o crime, pode-se salientar que os mesmos não são capazes de impedir a prática de crimes, pois apenas oferecem a possibilidade de rastrear os condenados, e não de saber o que estão fazendo. Ademais, tendo em conta a possibilidade de autoria intelectual de crimes, a identificação da posição geográfica dos seus possíveis autores não significa que os mesmos estejam sendo praticados exatamente ali onde os sujeitos monitorados se encontram⁸⁴.

Por outro lado, a utilização de métodos mais sofisticados como o implante de *chip* no interior do corpo do condenado violam o direito à integridade física deste, e, por consequência, estaria impondo uma sanção de índole cruel, inumana e degradante⁸⁵, igualmente vedada pelo texto constitucional.

Argumenta-se contrariamente a essa perspectiva, ou seja, no sentido de que a implantação desse sistema seria legítima mesmo sem o consentimento do sujeito, no sentido de que o direito à integridade física não constitui um direito absoluto, podendo ser limitado em favor de um interesse superior, como quando se obriga a população à aplicação de certas

⁸² Nessa trilha, salienta-se com acerto que “é intuitiva a ideia de que um equipamento atrelado ao corpo em tempo integral afeita o estado psicológico da pessoa e impede a superação da lembrança da má conduta, prejudicando sua readaptação. Constitui, ainda, forma de cumprimento da pena incidente sobre o próprio corpo do condenado. Desse modo, é de se concluir que a monitoração eletrônica –mormente se entendida como uma condição adicional para a liberdade e não como substitutivo da prisão– afronta a integridade moral do indivíduo e caracteriza pena degradante, em oposição ao postulado constitucional (art. 5º, XLVII e XLIX)” (VAZ, Denise Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 216, nov. 2010, p. 04-05).

⁸³ Vide, nesse sentido, ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº 199, jun. 2009, p. 06.

⁸⁴ Vide ZACKSESKI, Cristina, op. cit., p. 07. A autora conclui o texto advertindo, acertadamente, que “os beneficiários imediatos da imposição das tornozeleiras são os fabricantes e comerciantes destes dispositivos de controle. Tal atividade deve ser altamente rentável, a contar pelo investimento que está sendo feito pela mídia com a divulgação sobre as suas vantagens”.

⁸⁵ Vide ARMAZA ARMAZA, Emilio José, op. cit., p. 279.

vacinas que, por correspondência ao princípio da precaução, têm como objetivo a salvaguarda da saúde pública contra a ameaça de diversos tipos de enfermidades⁸⁶.

Com efeito, qualquer intervenção sobre o corpo do ser humano deve ser observada com ressalvas, sob pena de violação de interesses maiores, protegidos por uma esfera de direitos intangíveis para o Estado, cuja tutela impõe a proibição constitucional de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF) e o respeito à integridade física e moral dos condenados (art. 5º, XLIX, CF). Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais “são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais –tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles concebidos como garantias individuais– formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”⁸⁷.

6. Conclusões

Como afirmado, os castigos experimentos práticos nunca deixaram de existir. O penalista alemão Edmund Mezger distinguia os delinquentes por tendência dos delinquentes

⁸⁶ Outro caso seria a esterilização forçada de pessoas incapacitadas que padeçam graves deficiências psíquicas. Com efeito, em tais hipóteses se trataria de “tornar possível a satisfação da sexualidade dos incapacitados, arbitrando soluções que evitem os riscos da gravidez” (VIVES ANTÓN, Tomás *et alii*. *Derecho penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 152-153). Certo é, porém, que embora os enfermos mentais graves muitas vezes se vejam impossibilitados de encarregar-se de sua própria descendência, com todos os direitos e deveres inerentes à paternidade ou maternidade, é indubitável que uma esterilização sistemática de deficientes mentais conduziria a uma forma de eugenia que deve ser evitada e inclusive criminalizada em um Estado de Direito democrático e social. Para se evitar a disseminação de objetivos eugênicos, porém, a possibilidade (sempre *excepcional*) de esterilização de incapazes deveria revestir-se de uma série de requisitos, que a doutrina espanhola costuma apontar diante da autorização legislativa já existente naquele país. Entre eles, a atuação no melhor interesse do incapaz, que deve ser acometido por uma enfermidade mental *grave*, devendo a petição partir sempre de seus representantes legais (e jamais do próprio Estado) que, requerendo a medida ao juiz, só poderia autorizar o procedimento após a oitiva do Ministério Público e do conhecimento de laudos periciais sobre o caso, sendo imprescindível em qualquer caso que o juiz conhecesse e ouvisse a opinião do próprio incapaz sobre sua esterilização, livre de qualquer influência externa (vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos M., *op. cit.*, p. 277-278).

⁸⁷ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 02, *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010, p. 75. Em sentido oposto, pela constitucionalidade do monitoramento eletrônico, vide GARCÍA, Roberto Soares. Pulseirinhas, tornozeleiras e inconstitucionalidade da Lei nº 12.906/08. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun. 2008, p. 06-07. No texto, o autor se pronuncia a favor da inconstitucionalidade da lei estadual que previu, desde 2008, a possibilidade de uso de tais mecanismos pelos condenados ao regime semiaberto, já que nenhuma lei federal admitia, àquela época, tal medida. Contudo, pronuncia-se abertamente favorável ao emprego do monitoramento, argumentando que “no balanço entre os danos à dignidade e à intimidade causados pelo encarceramento e a liberdade adornada por pulseiras ou tornozeleiras, com algum constrangimento pelo uso voluntário dos dispositivos, não sobra maltrato à Constituição na adoção dos penduricalhos eletrônicos” (*op. cit.*, p. 06).

de estado, ou “incorrigíveis”, portadores de uma disposição interna já reiterada e convertida em estado, propondo que fossem colocados simplesmente à disposição da polícia, ainda que não se soubesse por qual finalidade.⁸⁸ Von Liszt chegou a definir essa classe de delinquentes como o “proletariado da delinquência”. Na atualidade, encontra-se em Jakobs a definição de um Direito Penal para os inimigos, para quem se justificam todos os tipos de abuso.

Pelo que se pode facilmente observar, qualquer modelo de intervenção penal que viole direitos inerentes à dignidade humana, como os fundamentais (inseridos nesse rol os de personalidade), é incompatível com a estrutura principiológica adensada no Estado de Direito democrático e social brasileiro. Nesse sentido, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), compreendido como valor fundamental, ordenador e limitador da estrutura de poder⁸⁹, restringindo a ação do Estado e protegendo as liberdades do homem, aparece como barreira intransponível ante a autoridade e o arbítrio estatal.

Com efeito, o Estado Democrático e Social de Direito mantém um círculo de direitos personalíssimos intangíveis, seja pelo próprio Estado sotoposto que está à sua estrutura constitucional, seja por qualquer pessoa, física ou jurídica, submetidas igualmente a um modelo de eficácia horizontal destes mesmos direitos.

No interior dessa esfera protetiva, encontra-se o direito à intangibilidade física do homem, que a par do bem jurídico da vida, constitui-se em um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos⁹⁰.

Compreendido que está numa escala hierárquica imediata ao bem da vida, o direito à integridade física, pressupondo a existência, acrescenta-lhe alguma coisa que é, precisamente, a incolumidade física, indubitavelmente seu pressuposto⁹¹.

Qualquer modelo que atente contra os direitos da personalidade humana –por intangíveis que são– causará conseqüentemente uma lesão à dignidade do ser humano.

Como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana independe de circunstâncias concretas. É inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio todos –mesmo o maior dos criminosos– são iguais em dignidade, no sentido de serem

⁸⁸ Vide MUÑOZ CONDE, Francisco, op. cit., p. 220.

⁸⁹ Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21.

⁹⁰ Vide DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Quorum, 2008, p. 75.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 76.

reconhecidos como pessoas –ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes e inclusive consigo mesmos⁹².

Nesse contexto, a discussão dos novos modelos e tendências apontados parece ganhar relevo, na medida em que inserem na legislação dos diversos países mecanismos punitivos cuja estrutura os caracteriza como penas de natureza corporal, superada, ao menos doutrinariamente, pelos povos de vocação democrática. Não basta estruturar todo o debate em torno de aspectos utilitários ou eficazes das medidas apontadas, senão a possibilidade ética de aplicação destes meios por parte do Estado.

Com efeito, sob uma perspectiva político-criminal não resta devidamente comprovada a eficácia e a viabilidade dos mecanismos apontados. Seja por uma perspectiva da violação do *princípio da proporcionalidade*, face ao dano desproporcional causado ao condenado, seja pelo aspecto vulnerador do *princípio da adequação* a um fim determinado –este inerente à estrutura ontológica das medidas de segurança, sempre orientada a consecução de certos fins– a intervenção cirúrgica e a castração química mostram-se inviáveis e incompatíveis com a estrutura científica fundamentadora da resposta penal.

Ademais, a periculosidade do homem pode ter origem orgânica diversa da neuronal que se quer modificar com a psicocirurgia, como em casos de alteração hormonal, como já esclarecem estudos da moderna Endocrinologia, demonstrando que os processos hormonais ou endócrinos patológicos com disfuncionalidade –hiperfunções ou hipofunções– interferem no comportamento humano em sua vida instinto-afetiva, podendo gerar comportamentos criminosos.

Nessa senda, veja-se, por outro lado, como referido acima, que o modelo constitucional democrático, cuja pilastra pode ser identificada na noção de dignidade humana, resta totalmente incompatível com tais propostas. A proteção aos direitos humanos observada no período que sucedeu o segundo pós guerra foi toda estruturada em um sistema de garantias que se irradia pelo ordenamento jurídico, vedando qualquer violação da principiologia superior, calcada naquele princípio ou apotegma.

Os direitos da personalidade do homem, considerados atributos revestidores da dimensão psicofísica humana, constituídos como um mínimo necessário e imprescindível à realização da personalidade humana, obviamente projetam-se como barreira intransponível a qualquer norma ou preceito que regule punição ou medida terapêutica de cunho penológico aptos a infundir violações físicas ou morais ao ser humano.

⁹² Vide SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 21.

7. Referências

- ALMEIDA NETO, João Beccon. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 213, ago. 2010.
- ANCEL, Marc. *A nova Defesa Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ARMAZA ARMAZA, Emilio José. Derecho biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincente imputable peligroso: psicocirurgía, castración química y control telemático. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011.
- BARRILARI, Claudia. Um novo paradigma para a execução penal dos criminosos sexuais: a hormonoterapia. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 219, fev. 2011.
- BAUMAN, Zygmund. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: Edersa, 1997.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético e Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.
- DEPARTMENT OF HEALTH, EDUCATION AND WELFARE. *Protection of Human subjects. Use of Psychosurgery in Practice and Research: Report and Recommendations for Public Comment*, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GARCÍA, Roberto Soares. Pulseirinhas, tornozeleiras e inconstitucionalidade da Lei nº 12.906/08. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun. 2008.
- GARCIA ANDRADE, José Antônio. *Psiquiatria Criminal y forense*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aeres, 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

- GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. Control eletrônico y sistema penitenciario. *Jornadas penitenciarias andaluzas*. Sevilla: Consejería de Gobernación, 1994.
- GRACIA MARTÍN, Luis; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- GRAMÁTICA, Filippo. *Principes de Défense Sociale*. Paris: Cujas, 1963.
- KOLB, Lawrence, C. *Psiquiatria clínica*. Tradução: Sônia Regina Pacheco Alves. Rio de Janeiro: Guanabara, 1997.
- GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. La castración química para pedófilos: un problema ético y penológico. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona: Aranzadi, nº 738, 2007.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana. Pulseras electrónicas y derechos fundamentales. *Revista Jurídica Valenciana*, disponível em: www.tirantonline.com. Acesso em: 20 jun. 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo: estudios sobre el Derecho penal en el nacional-socialismo*. 4 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: RT, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro, Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.
- REGHELIN, Elisangela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. Cárcel eletrônica y sistema penitenciario del siglo XXI. *Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá de Henares*. Disponível em: http://www.uah.es/derecho/facultad/anuario_2005.htm. Acesso em: 27 de agosto de 2012.
- ROMEO CASABONA, Carlos M. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986.
- . *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Ramón Areces, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORIO LÓPEZ, Ángel. La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes. *Revista del Poder Judicial*, nº 4, 1986.

TORRES ROSEL, Núria. La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado. *Revista Aranzadi de Derecho Penal y Proceso Penal*. Pamplona: Aranzadi, nº 19, 2008.

VAZ, Denise Provasi. Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 216, nov. 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás *et alii*. *Derecho penal: Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ZACKSESKI, Cristina. A imposição das tornozeleiras. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº 199, jun. 2009.