O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NORMATIVA NOS CRIMES CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

PRINCIPLE OF TAXATIVITY AS AN INSTRUMENT OF NORMATIVE EFFICIENCY IN OFFENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL

Antonio Sergio Cordeiro Piedade¹

UFMT

Douglas Lingardi Strachicin²

UFMT

Resumo

O presente artigo tem por objetivo verificar a capacidade do princípio constitucional penal da taxatividade em aprimorar a eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes no Brasil. Para tanto, foi levada a efeito uma pesquisa normativo-jurídica, que utilizou metodologia qualitativa com fontes primárias e secundárias, visando o conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. Na primeira parte deste trabalho, analisou-se a primazia da Constituição

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos. Promotor de Justiça do MPMT. Coordenador do CEAF (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional) - Escola institucional do MPMT.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pós Graduado em Ciências Criminais (USP). Promotor de Justiça do MPMT.

Federal para definição e a proteção dos bens jurídico-penais. Na segunda parte, estudou-se como a eficiência normativa pode ser observada através da utilização dos princípios constitucionais penais, visando a efetiva proteção de bens jurídicos. Na terceira parte foi feita a verificação de como a observância do princípio da taxatividade pode ser considerada instrumento de eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes. Por fim, na quarta parte foi detalhado que o princípio da taxatividade recebe o reforço convencional, decorrente das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como dos estândares interpretativos fixados pela Corte Interamericana.

Palavras-chave

Direito Penal. Direito Constitucional. Direitos Humanos. Princípio da Taxatividade. Crimes contra Crianças e Adolescentes.

Abstract

The aim of this article is to verify the ability of the constitutional criminal principle of taxability to improve normative efficiency in crimes against children and adolescents in Brazil. To this end, normative-legal research was carried out, using qualitative methodology with primary and secondary sources, with a view to gaining doctrinal and jurisprudential knowledge on the subject. The first part of this work analyzed the primacy of the Federal Constitution in defining and protecting criminal-legal assets. In the second part, we studied how normative efficiency can be observed through the use of constitutional criminal principles, with a view to the effective protection of legal assets. The third part looked at how compliance with the principle of taxability can be considered an instrument of normative efficiency in crimes against children and adolescents. Finally, in the fourth part, it was detailed that the principle of taxability receives conventional reinforcement, arising from the provisions of the American Convention on Human Rights, as well as the interpretative standards set by the Inter-American Court.

Keywords

Criminal law. Constitutional Law. Human Rights. Principle of Taxability. Crimes against children and adolescents.

1 INTRODUÇÃO.

Diariamente crianças e adolescentes são vítimas de delitos no Brasil³. São seres humanos com idade inferior a 18 anos e que figuram no polo passivo de condutas consideradas típicas, ilícitas e culpáveis pelo direito penal. A grande maioria dos casos que envolve esta sujeição passiva própria não chega ao conhecimento da maioria da população⁴. Não obstante, quando chega, parece ser de uma maneira incomum, causando revolta e indignação.

Os Meninos emasculados no Maranhão (1991-2003), a Chacina da Candelária (1993), os Casos de João Hélio (2007), Isabella Nardoni (2008), Bernardo Boldrini (2014), Eduarda Shigematsu (2019) e Henry Borel (2021), infelizmente, são apenas alguns exemplos de crimes que insistem em não sair da memória.

Por outro lado, além desses, há uma enorme quantidade de crianças e adolescentes que são vítimas dos mais diversos tipos de delitos que lhes lesam uma multiplicidade de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento penal brasileiro. A título de exemplo, vale citar: a integridade corporal, a

³ PEREZ, Fabíola. Brasil perde 19 adolescentes e crianças por dia para a violência. **R7**: São Paulo, 22 out. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-perde-19-adolescentes-e-criancas-por-dia-para-a-violencia-22102021>. Acesso em: 5 out. 2023.

⁴ Sobre o tema, incluindo a questão da redução das notificações no período da pandemia de COVID-19, Cf. LEWANDOWSKI, Mateus Luz et. al. Impacto do distanciamento social nas notificações de violência contra crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, 2021. p. 2-15.

honra, o patrimônio, a liberdade pessoal, a dignidade sexual, o sentimento religioso, entre outros.

Desta forma, com o objetivo de incrementar a proteção penal e processual às vítimas destes crimes, foi sancionada a Lei Federal nº 14.344⁵, de 24 de maio de 2022, que criou mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil é parte.

Ocorre que, se o número de leis pudesse ser considerado fator efetivo de redução da criminalidade, o Brasil certamente seria um dos países com melhores dados acerca da segurança pública no planeta. Por isso é sempre necessário observar que não raras vezes existe a utilização do Direito Penal emergencial ou simbólico, a fim de sanar os anseios e dar satisfações à opinião pública em favor de outros fins⁶.

⁵ BRASIL. Lei Federal nº 14.344, de 24 de maio de 2022. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

⁶ Sobre as críticas ao expansionismo penal acrítico, vide: DOTTI, René Ariel. Prefácio. In: **Coleção 80 anos do código penal**: volume I: parte geral. REALE JR,

Por esta razão, e buscando evitar que em matéria repressiva sejam adotadas soluções normativas ao sabor dos fatos e acontecimentos, longe de qualquer técnica legislativa, também é necessário voltar os olhos para a Constituição Federal com a finalidade de promover a proteção de bens jurídicos e direitos fundamentais, em especial quando se tratam de crianças e adolescentes vítimas de crimes.

Nesta conjuntura de pesquisa, despontou-se a seguinte problemática: como ampliar a eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes no Brasil? Para o alcance do resultado dessa problemática, expõe-se como objetivo geral deste trabalho verificar a capacidade do princípio da taxatividade em aprimorar a eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes no Brasil.

Para atingir esse objetivo geral, foram traçados, de forma específica: demonstrar a primazia constitucional para a proteção de bens jurídico-penais; explicar a eficiência dos princípios constitucionais penais para a efetiva proteção de bens jurídicos; identificar o princípio constitucional penal da taxatividade como instrumento de eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes, e, por fim, verificar se o princípio da taxatividade recebe o reforço convencional, decorrente das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como dos estândares interpretativos fixados pela Corte Interamericana.

Visando atingir seus objetivos, o presente artigo está definido em uma pesquisa normativa-jurídica⁷, que utilizou metodologia qualitativa com fontes primárias (análise do texto Constitucional, de

Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza de (Coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 11-17.

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017. p. 231.

leis e de julgados) e secundárias (autores que compõem o referencial teórico), visando o conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria, além de utilizar o método indutivo⁸, partindo de casos particulares para alcançar uma questão mais ampla, e, como técnica de pesquisa, a jurisprudencial.

Portanto, a eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescente pode ser ampliada através da utilização do princípio da taxatividade penal (ou determinação taxativa). Essa eficiência é estabelecida pela primazia constitucional para a proteção de bens jurídico-penais (item 2). Ademais, é observada na importância dos princípios constitucionais penais para a efetiva proteção de bens jurídicos (item 3), o que destaca o princípio da taxatividade penal como instrumento de eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescente (item 4). Este princípio recebe o reforço convencional, decorrente das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim da jurisprudência da Corte Interamericana (item 5).

2 A PRIMAZIA CONSTITUCIONAL PARA A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS.

Estabelecer os critérios de seleção de bens fundamentais da sociedade não é uma tarefa fácil, afinal exige a compreensão dos valores humanos e a construção de caminhos para a proteção destes na sociedade. Desta maneira, é preciso conhecer, definir e escolher esses bens jurídicos passíveis de prioridade de proteção através do direito

⁸ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 108.

penal, visto que para serem tutelados devem ser considerados fundamentais para a convivência pacífica de determinada sociedade⁹.

Para que se possam encontrar o fundamento dessa proteção, tem-se que o ponto de partida deve ser a Constituição Federal. Isso porque se nota que, em um Estado Social e Democrático de Direito, fundamentado na dignidade humana, a delimitação de quais valores são considerados elementares para a convivência da comunidade deve estar delineada em sua Constituição.

Por outro lado, embora as teorias sociológicas do bem jurídico apresentem concepções que buscam identificar o seu conteúdo a partir de argumentos sistêmicos ou de danosidade social, perfilha-se o entendimento de que

[...] nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitiva, como também responder, de modo convincente, por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinadas comportamentos e não outros¹⁰.

Em verdade, a intervenção jurídico-penal só pode decorrer da função do direito penal e esta consiste em garantir aos cidadãos uma

⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 139-144.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 51.

existência pacífica, livre e socialmente segura, “sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”¹¹. Além disso, ressalta-se que os bens jurídicos são “realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a própria vida dos cidadãos”¹².

Observa-se que a linha diretriz político-criminal para se proteger os bens jurídicos se encontra no direito constitucional, sendo esta – a Constituição – o marco no qual a punição e a intervenção penal encontram legitimidade e estão sujeitas aos controles democráticos¹³. Desta forma, observa-se que os valores de envergadura e dignidade constitucional devem servir de referência ao legislador na seleção dos bens jurídicos que serão protegidos pelo direito penal¹⁴.

A atuação do Estado está demarcada através dos fundamentos, objetivos e princípios basilares adotados pela Constituição. Assim, fica claro que a exteriorização da soberania estatal, onde se inclui o direito penal, deve se dar em conformidade com a ordem jurídico-política

¹¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 16-17.

¹² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 18.

¹³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 20-31.

¹⁴ Neste mesmo sentido, vide: CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 33-51.

prevista na Constituição, obedecendo aos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da igualdade. Desta forma, os direitos fundamentais previstos na Carta Maior serão a fonte para se *legitimar* e, simultaneamente, *limitar* a esfera de incidência do direito penal e a punibilidade dos delitos¹⁵.

O bem jurídico penalmente tutelado retira sua dignidade jurídica do ordenamento constitucional, ainda que o seja de forma implícita. Pode-se dizer, portanto, ser impossível se falar em uma proteção penal de bens que não encontrem amparo na Constituição ou que conflitem com outros valores nela previstos, pois é no texto constitucional que estão dispostos os mais elevados valores de uma sociedade¹⁶.

Afinal, “o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto *pelo* direito penal como *ante* o direito penal”¹⁷. Pode-se dizer que quando o poder legislativo reconhece que um bem jurídico possui valor em uma determinada sociedade, este é conceito material do bem jurídico penal. Desta forma, é possível constatar que quando uma Constituição reconhece determinados bens e valores, está proclamando conteúdo material daqueles que a sociedade já reconhece como sendo os que necessitam de distinta proteção. Isso ocorre porque é na norma constitucional que

¹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal. Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17-18.

¹⁶ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85.

estão previstos os balizamentos para a incriminação ou não de condutas¹⁸.

De fato, é a norma constitucional que contém os valores supremos consagrados pelo povo, que a editou através do poder constituinte originário, de modo que o legislador infraconstitucional não tem a prerrogativa de contrariar o quadro axiológico existente na Constituição. Por conseguinte, cumpre concluir que a delimitação dos bens jurídicos deve ser extraída da própria Carta Magna.

A importância de a Constituição materializar consensos sociais valorativos prévios se dá em virtude de poder ser o referencial em hipóteses de criminalização ou descriminalização, legitimando a limitação ou a ampliação da incidência do direito penal. Este seria o ponto de aproximação do direito penal e da Constituição, permeado pela política criminal¹⁹.

Seja seguindo as teorias constitucionais do bem jurídico classificadas como (a) *amplas* (que tem a Constituição como parâmetro para o reconhecimento dos bens jurídicos, sem ser taxativa), seja seguindo as (b) *restritas* (o texto constitucional determina, efetiva e taxativamente, quais bens jurídicos devem ser penalmente tutelados), busca-se conciliar, de um lado, os direitos do agressor que serão

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85. Ainda no mesmo sentido, vide: FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 69-154.

¹⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 52.

restringidos; e, de outro, também os direitos da vítima, seus familiares e da sociedade²⁰.

Não fosse o bastante, deve ser ressaltado também o papel de defesa existente em se considerar a Constituição como parâmetro para aferição dos bens jurídicos. Desta feita, o uso do Texto Maior como preceito orientador implica uma correlação lógica que veda qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos direitos fundamentais. Isso porque é na Constituição Federal que estão traçados os referenciais para que se possam reconhecer os bens jurídicos que necessitam receber a proteção penal, assim também as diretrizes para a incriminação ou não de condutas que os lesionem.

Desse modo, a aplicação da lei penal, por ser restritiva de direitos e liberdades, somente se justifica quando se destina a tutelar bens e valores estabelecidos na Constituição.

3 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS PARA A EFETIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS.

Feita esta breve digressão sobre o fundamento constitucional dos bens jurídicos e reconhecida a finalidade protetiva do direito penal diante destes bens, cumpre, neste momento, indagar acerca dos

²⁰ BIANCHINI, **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

instrumentos utilizados pelo Constituinte para orientar a atuação do direito penal em nosso Estado Social e Democrático de Direito²¹.

Neste sentido, o estudo do Constitucionalismo revela que este se traduz em um movimento político, jurídico, social e ideológico que concebeu e aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e a limitação do exercício de seu poder (no mais das vezes, por meio da *separação dos poderes* e a *estipulação de direitos e garantias fundamentais*)²².

Para garantir este objetivo, as Constituições se estruturam sobre um sistema de supremacia, onde retiram de seus dispositivos o fundamento de validade, constituindo-se em fonte das demais normas. Assim, sua superioridade implica a subordinação de todos os atos infraconstitucionais, que devem obedecê-la e nela encontrar seu embasamento²³.

A aplicação do direito penal em um determinado tipo de Estado busca proteger bens, interesses e valores considerados fundamentais para uma dada sociedade, sendo certo que isso só é possível graças a um sistema punitivo firmado em princípios²⁴.

Por essa razão, os princípios constitucionais penais possuem suporte no Texto Maior, de modo que fundamentam e orientam o

²¹ Cf. FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-60.

²² BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 64-66.

²³ BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 64-66.

²⁴ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.

sistema punitivo, fazendo com que todo o direito infraconstitucional, exija uma leitura constitucional²⁵.

Tratando especificamente do tema do direito penal e as normas constitucionais, observa-se que as Constituições modernas procuraram conciliar os princípios do Estado liberal e do Estado social, de modo a reafirmar as garantias individuais e introduzir normas com o objetivo de concretizar valores de interesse geral como os relacionados à saúde, educação, ordem econômica, ordem cultural e meio ambiente²⁶.

Esta convivência harmônica de princípios do Estado liberal e do Estado social faz surgir um novo direito penal, onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material²⁷.

Desta forma, os princípios constitucionais penais passaram a fixar os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais, e também inserirem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado²⁸.

E é neste sentido que se conclui que os princípios constitucionais penais (*especificamente penais* ou *influentes em matéria penal*) orientam o legislador infraconstitucional no sentido de

²⁵ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63.

²⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 12.

²⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 12.

²⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 12.

determinar a elaboração de normas incriminadoras destinadas a proteção de valores consagrados pela Constituição²⁹.

Embora o objeto desta pesquisa se circunscreva ao princípio da taxatividade, faceta do princípio da legalidade, é importante colacionar a classificação de Guillermo J. Yacobucci, que estabelece quatro ordens de princípios no direito penal: os *princípios constitutivos, configuradores* ou *materiais*, que devem ser observados obrigatoriamente, não importando o modelo de sistema punitivo adotado, destacando-se em referida categoria o princípio da dignidade da pessoa humana; os *princípios fundamentais do direito penal*, os quais são de suma importância para a própria existência do direito penal, sendo exemplos de referida modalidade os princípios da legalidade, da anterioridade e da culpabilidade; os *princípios derivados*, que decorrem da adoção dos princípios constitutivos e fundamentais do direito penal, tais como os princípios da proporcionalidade e intervenção mínima e os *princípios éticos*, ligados ao conteúdo moral, ético e à própria essência de justiça que se espera quando se aplica a lei penal no caso concreto, como os princípios da adequação social e da humanidade³⁰.

De toda forma, o que realmente apresenta relevo em todo este conjunto de princípios constitucionais penais é reconhecer que eles possuem uma dupla função, visto que *limitam* e, simultaneamente,

²⁹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 14.

³⁰ YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. p. 126; PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63-64; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. **Criminalidade organizada e a dupla face do princípio da proporcionalidade**. Tese de Doutorado (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 61.

fundamentam a atuação do direito penal³¹. Ou “de um lado constituem um limite à intervenção estatal (função de garantia), de outro são um instrumento de justificação dessa intervenção (função legitimadora), motivo pelo qual tanto servem à legitimação quanto à deslegitimação do sistema”³².

Além disso, é essencial reconhecer a proeminência dos princípios na Constituição Federal de 1988, eis que se trata de verdadeira *carta de princípios* que possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político³³.

De se ressaltar que os princípios são viabilizados por meio de regras. Assim, enquanto os princípios expressam valores que informam o sistema jurídico, dotados, portanto, de abstratividade, as regras buscam assegurar concretude ao sistema, criando mecanismos que assegurem observância e aplicação à valoração eleita³⁴.

Até porque,

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua

³¹ Neste sentido: PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.

³² QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 74.

³³ Neste sentido: PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.

³⁴ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64-65.

satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas³⁵.

No estágio atual, conseqüentemente, converge-se para a ideia de que os princípios não podem ser considerados apenas como meras aspirações ou vagas diretrizes, pois contêm inegável *força normativa*, até porque, como destaca André Estefam, “os princípios estão englobados pelo ordenamento jurídico como prescrições instituidoras de finalidades a serem atingidas, ou de estados ideais de coisas a serem logrados”³⁶.

4 O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NORMATIVA NOS CRIMES CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTE.

Dentre os princípios constitucionais penais, o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal dispõe que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”³⁷. Como

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

³⁶ ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 192-193.

³⁷ A origem remota do princípio reside na Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215, que em seu artigo 39 dispunha: *Nullum liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliqui modo aestruatur nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per*

exposto acima, o inciso trata de um *princípio fundamental do direito penal*, o princípio da legalidade.

De forma sistematizada, é possível dizer que o princípio da legalidade é aquele que atribui função exclusiva à lei para a elaboração de normas incriminadoras. Assim, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente³⁸.

Isso porque, para que o Estado possa atuar na prevenção e repressão do crime é preciso que encontre amparo inicial na tipificação legal dos delitos. Somente assim é que encontra legitimação para interferir na esfera da liberdade e dos direitos fundamentais³⁹.

O princípio da legalidade pode ser indicado como o mais importante princípio do direito penal, “posto que é estruturador do princípio da dignidade da pessoa humana e parâmetro indispensável ao sistema jurídico punitivo brasileiro”⁴⁰.

Para que se possa conferir efetivo respeito ao princípio da legalidade, é preciso não só a existência de uma lei definindo a conduta criminosa. Também se exige que seja anterior ao ato, que se trate de lei em sentido formal, vedando-se a analogia *in malam partem*, e que *tenha conteúdo determinado*. Por tal motivo, se diz que o princípio da

legem terraz. A partir daquele momento não era mais o monarca que teria o poder de impor uma sanção aos cidadãos, mas o próprio povo, através de julgamento feito pelos pares e de acordo com a lei da terra. Neste sentido: HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume 1 – Tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 42.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 120.

³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 4.

⁴⁰ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68.

legalidade se desdobra em quatro *subprincípios*: (a) anterioridade da lei (*lege praevia*); (b) lei escrita, lei no sentido formal ou reserva legal (*lege scripta*); (c) proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*); (d) taxatividade da lei ou mandato de certeza (*lege certa*)⁴¹.

É exatamente sobre o mandato de determinação ou certeza da lei que reside o princípio da taxatividade⁴². Segundo este princípio, a lei penal deve ser indiscutível em seus termos, não podendo descrever o crime de forma vaga, aberta ou lacunosa.

Seu fundamento é a segurança jurídica do cidadão, que exige precisão no texto legal, a fim de que possa ser compreendido. Desta forma, são contrárias à garantia da legalidade material as leis que descrevem os delitos ou restrições de direitos fundamentais de forma vaga e imprecisa, deixando nas mãos do poder judiciário a definição do delito ou do campo das restrições de direitos⁴³.

No mesmo sentido, pondera Luiz Luisi que

[...] o postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir

⁴¹ ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 218.

⁴² Para Luiz Luisi, o melhor seria utilizar a expressão *determinação taxativa*. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 82-83.

qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme⁴⁴.

Segundo o autor, a lei deve estar provida de clareza e certeza para que se possa evitar arbitrariedade em sua aplicação e, com isso, reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei⁴⁵.

Dentro deste objetivo, observa-se que o legislador deve atuar com cautela na elaboração dos tipos penais, permitindo a interpretação clara e precisa dos fatos típicos. Para que isso aconteça, a técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo de injusto e no estabelecimento da sanção. É necessário que ao Poder Legislativo seja vedada a utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos na construção dos tipos legais de delito. Este comando visa cumprir a exigência de certeza, no sentido de que o conteúdo da lei possa ser conhecido pelos seus destinatários, permitindo-lhes diferenciar entre o penalmente lícito e o ilícito⁴⁶.

Ao tratar do tema, Francisco de Assis Toledo assinala que

[...] a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano,

⁴⁴ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

⁴⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24.

⁴⁶ Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral - arts. 1.º a 120. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 242.

necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica⁴⁷.

Assim, se o princípio da taxatividade é devidamente observado, é possível se inferir que permite alcançar um duplo objetivo. De um lado, normas penais incriminadoras dotadas de clareza e determinação garantem a redução de atuações arbitrárias do direito penal na esfera individual das pessoas. De outro, permitem que este ramo do direito atue com maior eficiência na proteção dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Visto sobre este último aspecto é que o princípio constitucional da taxatividade ganha importância ainda maior, pois sua adequada utilização pode servir como instrumento para a eficiência na proteção de bens jurídicos, especialmente os supraindividuais (difusos e coletivos)⁴⁸.

Todavia, sua utilização não se limita a essas novas formas de criminalidade. Considerando se tratar de mandamento de otimização que também legitima a atuação do direito penal, o princípio pode – e

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 29.

⁴⁸ Para um maior aprofundamento relativo à tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais: ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Persecução penal e interesses supraindividuais**: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

deve – ser utilizado naquelas áreas onde constate que esteja havendo uma proteção deficiente ou insuficiente por parte do Estado brasileiro.

Ocorre que o legislador pátrio tem encontrado dificuldade em observar o princípio constitucional da taxatividade. Um grande exemplo do que se fala pode ser observado nos crimes previstos pela Lei Federal nº 9.605/1998⁴⁹, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Esta dificuldade pode ser constatada, por exemplo, da análise do caput do artigo 54, feita por Edis Milaré. Salienta o autor que:

Como se vê, salta aos olhos a falta de técnica na construção do tipo, que encerra dispositivo de duvidosa constitucionalidade, eis que demasiadamente aberto, destoante das exigências do princípio da legalidade e agressivo aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Poluição em “níveis tais” e “destruição significativa” da flora encerram situações obscuras, ficando o seu entendimento e esclarecimento ao arbítrio do julgador, o que não se afaz com um Direito Penal moderno, “que quer ver o transgressor sujeito à determinação da lei. A condenação justa é a que garante ao acusado a ampla defesa, o que só será possível se a ele for imputado um fato certo descrito como crime”⁵⁰.

⁴⁹ BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

⁵⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 950.

O ideal seria que o legislador utilizasse expressões de fácil entendimento pela população, tornando a lei clara, inteligível e compreensível. Melhor também seria que todas as leis penais fossem inseridas numa só codificação (reserva de código), pois, desta forma, estariam todas elas organizadas sistêmica e racionalmente, resultando, por consequência, numa melhor apreensão pela sociedade do âmbito do que é proibido. Isso em virtude de que quanto mais esparsas as leis, menos inteligíveis são⁵¹.

O exemplo do artigo 54 da Lei dos Criminos Ambientais⁵² é emblemático porque se observa que a não observância do princípio da taxatividade acaba por vulnerar, e, praticamente aniquilar, a possibilidade de o direito penal exercer uma proteção eficiente a um bem jurídico que possui uma determinação constitucional de tutela.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídico-penais, impõe ao legislador penal a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos, ou determina a exclusão de benefícios ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes⁵³.

⁵¹ Sobre o tema: GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 83.

⁵² BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 5 out. 2023. (art. 54)

⁵³ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 150.

Trata-se das obrigações constitucionais expressas de tutela penal, também denominadas de mandados de criminalização. Estes mandados revelam que a Constituição Federal se antecipou ao legislador ordinário na valoração político-criminal de certos bens jurídicos, que normalmente seria tarefa deixada à legislação infraconstitucional⁵⁴.

Foi neste sentido que o art. 225, § 3º, estabeleceu que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”⁵⁵. No mesmo norte é a norma prevista no art. 227, § 4º, da Constituição Federal, que estipula que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”⁵⁶.

Sobre este último mandado de criminalização, relativo ao abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente existem ao menos dois bons fatores para acreditar que a observância do princípio da taxatividade possa otimizar a eficiência do direito penal.

O primeiro está relacionado à matéria, visto que crimes contra a dignidade sexual que tenham sujeição passiva própria infantojuvenil

⁵⁴ SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 150-151.

⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 5 out. 2023. (art. 225, § 3º).

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 5 out. 2023. (art. 227, § 4º).

também estão submetidos ao princípio constitucional da proteção integral, insculpido na cabeça do art. 227 da Constituição, e que estabelece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e devem ser protegidos em sua plenitude. Assim, sejam crimes previstos no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990) ou outra lei infraconstitucional, exige-se um grau de eficiência normativa proporcional e compatível com aquelas pessoas que estão em condição peculiar de desenvolvimento e que devem receber prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais.

O segundo fator pelo qual a observância do princípio da taxatividade pode otimizar a eficiência neste tipo de crime pode ser observada da dissonância jurisprudencial, como aquela que se verificou entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação do crime previsto no art. 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal⁵⁷, relacionado ao favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, exigir ou não para a adequação típica a figura do terceiro intermediador.

A Quinta Turma do STJ, ao julgar o Agravo em Recurso Especial nº 1.138.200/GO⁵⁸ (AREsp 1.138.200/GO) concluiu que o tipo penal descrito no artigo 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal exigia necessariamente a figura do intermediário ou agenciador, não abarcando a conduta daquele que aborda diretamente suas vítimas para a satisfação de lascívia própria.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 5 out. 2023.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.138.200**, Estado de Goiás. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJ 04/10/2017.

Já a Sexta Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.530.637/SP⁵⁹ (REsp 1.530.637/SP) entendeu que a configuração do delito não exigia a existência de terceira pessoa, bastando que o agente, por meio de pagamento, convença a vítima, maior de 14 e menor de 18 anos, a praticar com ele conjunção carnal ou outro ato libidinoso, de modo a satisfazer a sua própria lascívia.

Desta forma, a divergência somente foi dirimida quando a Terceira Seção do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.530.637/SP⁶⁰ (EREsp 1.530.637/SP), em 24.03.2021, decidiu que o delito previsto no art. 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal, na situação de exploração sexual, não exige a figura do terceiro intermediador. Segundo decidido, o ordenamento jurídico reconhece à criança e ao adolescente o princípio constitucional da proteção integral, bem como o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Nesse ensejo, a exploração sexual é verificada sempre que a sexualidade da pessoa menor de 18 e maior de 14 anos é tratada como mercancia.

Este simples caso evidencia, de forma clara, o quanto a integral observância do princípio da taxatividade poderia significar em termos de eficácia da incidência penal na proteção do bem jurídico em destaque, a liberdade sexual de adolescente vulnerável maior de 14 e menor de 18 anos. Uma redação clara e precisa do tipo não redundaria em uma controvérsia tão grande, devendo se lembrar que a redação do

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.530.637**, Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Julgamento: 10/03/2020, Data de Publicação: DJe 17/03/2020.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.530.637**, Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 17/9/2021.

dispositivo foi dada pela Lei Federal nº 12.015/2009⁶¹, que deu relevo à dignidade sexual, corolário natural da dignidade da pessoa humana.

5 O REFORÇO CONVENCIONAL SOBRE O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA NORMATIVA.

Após a análise acerca do fundamento constitucional da proteção dos bens jurídicos, apurado como a eficiência normativa pode ser observada através da utilização dos princípios constitucionais penais e, em específico, verificado que a observância do princípio da taxatividade pode ser considerada instrumento de eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescentes ainda deve ser destacado que existe o reforço convencional para de comprovar a hipótese da pesquisa.

Neste norte, deve-se lembrar que a Constituição Brasileira anuncia em seu art. 5º, §2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁶¹ BRASIL. Lei Federal nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 5 out. 2023.

Aliás, o Brasil, como membro do sistema interamericano de direitos humanos, é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificada no ano de 1992, e promulgada internamente por meio do Decreto Federal nº 678, de 06.11.1992⁶², momento no qual o país assumiu a obrigação internacional de assegurar o seu cumprimento.

Outrossim, o Estado brasileiro reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998, permitindo que o sodalício supranacional interviesse em eventuais hipóteses de falhas ou omissão do Estado brasileiro referentes à proteção dos direitos previstos na Convenção Americana.

Desta maneira, em razão do disposto nos arts. 67 e 68 da Convenção todos os países signatários têm o dever de se submeter às decisões da Corte quando figurarem como parte processual e forem condenados pelo descumprimento dos preceitos da Convenção, pois as decisões da Corte IDH produzem autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes.

De outro lado, em relação aos demais países signatários da Convenção, que não se encontrarem no polo passivo da relação processual, as decisões da Corte Interamericana devem servir como estândares interpretativos, a fim de nortear a máxima efetividade dos direitos humanos, inclusive como precedentes a serem seguidos nos sistemas de justiça locais.

Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que

⁶² Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 119; PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano** (Portuguese Edition) (p. 176-182). Forense. Edição do Kindle.

[...] a jurisprudência atual da Corte Interamericana tem entendido que a sua sentença também vincula (de maneira *indireta*) todos os demais Estados partes à Convenção a título de *res interpretata*, pelo que as autoridades desses Estados têm a obrigação não só de aplicar a Convenção, senão também de entendê-la *tal como interpretada* pela Corte de San José⁶³.

Nesse enquadramento, convém rememorar que o Brasil já sofreu 11 condenações internacionais por parte da Corte Interamericana, envolvendo violação de direitos humanos, sendo elas nos casos: *Ximenes Lopes* (2006), *Escher e Outros* (2009), *Sétimo Garibaldi* (2009), *Gomes Lund e Outros* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), *Herzog* (2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022), sempre tendo sido destacada a omissão Estatal na tomada de medidas eficazes para repressão de delitos e proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, existem decisões da Corte que tratam expressamente do princípio da taxatividade, reconhecendo a proteção prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e destacando a sua importância e imposição como mecanismo de eficácia normativa da tutela penal.

A primeira oportunidade em que a Corte IDH se manifestou sobre o princípio da taxatividade foi no caso *Castillo Petruzzi e outros vs. Peru* (1999). Segundo o entendimento da Corte, o princípio da taxatividade é decorrência do princípio da legalidade e tem previsão

⁶³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 127. Destaques no original.

no art. 9º da Convenção, considerando-se violado quando a lei penal incriminadora não é clara e taxativa na descrição do tipo penal.

Ao constatar que o Peru não diferenciava claramente os crimes de traição a pátria e de terrorismo, assentou que

[...] na elaboração dos tipos penais é preciso utilizar termos estritos e unívocos, que delimitem claramente as condutas puníveis, dando pleno sentido ao princípio da legalidade penal. Isso implica uma clara definição da conduta incriminada, que fixe seus elementos e permita distingui-la de comportamentos não puníveis ou condutas ilícitas sancionáveis com medidas não penais. A ambiguidade na formulação dos tipos penais gera dúvidas e abre o campo ao arbítrio da autoridade, particularmente indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal de indivíduos e sanciona-la com penas que afetam severamente bens fundamentais, como a vida ou a liberdade⁶⁴.

Posteriormente, no caso *Lori Berenson Mejía vs. Peru* (2004) a Corte manteve sua jurisprudência, enfatizando que a definição de infrações penais pressupõe a definição clara da conduta incriminada, que estabeleça os seus elementos e permita distingui-la da conduta não punível ou da conduta ilícita punível com medidas não penais. A ambiguidade na formulação das infrações penais gera dúvidas e abre caminho à discricionariedade das autoridades, o que é particularmente

⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 30 de maio de 1999. Série C, nº 52, § 121. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

indesejável quando se trata de estabelecer a responsabilidade penal dos indivíduos e puni-los com penas que afetam gravemente bens fundamentais⁶⁵.

Visando robustecer a linha argumentativa desenvolvida, convém destacar ainda o caso *Kimel vs. Argentina* (2008), onde a Corte destacou novamente que para a incidência da restrição ou limitação decorre do direito penal, é necessário observar os requisitos estritos para satisfazer o princípio da legalidade. Assim, devem ser formuladas de forma expressa, precisa, exaustiva e prévia, visando proporcionar segurança jurídica ao cidadão⁶⁶.

Destarte, por tudo que foi analisado sobre o princípio da taxatividade e após seu cotejamento ante os crimes contra crianças e adolescentes, levando em conta a proteção constitucional e convencional sobre a matéria e as dificuldades ainda encontradas pela jurisprudência pátria, é possível verificar que sua observância efetiva e concreta pode servir como mecanismo eficiente para a tutela penal adequada destes delitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru.** Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 25 de novembro de 2004. Série C, nº 119, § 125. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kimel vs. Argentina.** Sentença de Mérito, Reparações e Fundo, 2 de maio de 2008. Série C, nº 177, § 63. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

O presente trabalho teve o desígnio de verificar a capacidade do princípio constitucional penal da taxatividade em aprimorar a eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescente no Brasil.

O primeiro objetivo específico deste trabalho buscou demonstrar a primazia constitucional para a proteção de bens jurídico-penais. Este resultado pode ser verificado no item 2 do presente artigo, ao destacar que em um Estado Social e Democrático de Direito, fundamentado na dignidade humana, a seleção de quais valores serão considerados basilares para a convivência da comunidade deve estar delineada em sua Constituição. Esta delimitação de bens jurídicos constantes da Lei fundamental deve servir de referência e fundamento de legitimação ao legislador na seleção dos bens que serão objeto da tutela penal.

O segundo objetivo específico, por sua vez, buscou explicar a eficiência dos princípios constitucionais penais para a efetiva proteção de bens jurídicos. Este resultado pode ser verificado no item 3 do presente artigo, ao explicitar que os princípios constitucionais penais fundamentam e orientam todo o sistema punitivo, exigindo de todo o direito infraconstitucional uma leitura sob a perspectiva do Texto Maior. Além disso, constatou-se a força normativa dos aludidos princípios, assim como que, usualmente, são viabilizados por meio de regras.

O terceiro objetivo específico foi identificar a possibilidade – ou não – do princípio constitucional penal da taxatividade como instrumento de eficiência normativa nos crimes contra crianças e adolescente. Este resultado pode ser verificado no item 4 do presente artigo, onde se identificou sua localização na Constituição brasileira de 1988, discriminando se tratar se uma das facetas do princípio da legalidade. Ato contínuo, foi destacado significado jurídico da

taxatividade, sua importância para a proteção eficiente do direito penal, embora tenha se constatado exemplo de sua inobservância no âmbito dos crimes ambientais. Para além disso, buscou-se aprofundar a importância de sua observação nos crimes contra a criança e adolescente, em razão da existência de mandado expresso de criminalização. Também se constatou que, embora a legislação sobre a matéria tenha avançado, a jurisprudência ainda encontra dificuldades na eficiência ante a não observância da determinação taxativa.

Por fim, o quarto objetivo específico foi verificar se o princípio da taxatividade recebe o reforço convencional, decorrente das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como dos padrões interpretativos fixados pela Corte Interamericana. Este resultado pode ser verificado no item 5 do presente artigo, onde se constatou que, segundo a Corte Interamericana, o princípio da legalidade, previsto no art. 9º da Convenção Americana, engloba o princípio da taxatividade, impondo-se, por consequência, que as formulações dos tipos penais devam ser construídas de forma expressa, precisa, taxativa e prévia. Na sequência foram analisados julgados da Corte IDH que enfrentaram diretamente o tema do princípio da taxatividade. Ademais, foi detalhada a eficácia das decisões proferidas pela Corte Interamericana nos casos em que o Estado é parte do processo, oportunidade em que se destacaram as 11 condenações do Brasil, assim também nos demais casos apreciados pelo órgão contencioso máximo do sistema interamericano.

Destarte, como verificado ao longo do trabalho, a Constituição Federal tem enorme importância para a definição dos bens jurídicos que serão objeto da tutela penal, sendo impossível se dizer da existência de um direito penal autônomo ou que não se interconecte com as disposições da Lei fundamental. Neste sentido, os princípios constitucionais penais são verdadeiros referenciais para o

sistema punitivo conseguir levar a efeito a necessária proteção dos bens e valores indispensáveis à convivência comunitária.

Assim, nas hipóteses de crimes que possuem como vítimas crianças e adolescentes, se demonstrou que o princípio constitucional penal da taxatividade se apresenta como poderoso instrumento de eficiência normativa, capaz de melhorar a tutela dessas vítimas específicas, pessoas humanas ainda em condição peculiar de desenvolvimento. Destaca-se que o princípio da taxatividade também recebe o reforço convencional, decorrente das previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana.

Nessa perspectiva, não há dúvidas, portanto, de que os excessos do Estado contra os indivíduos devem ser contidos e repreendidos. Todos aqueles que estão no polo passivo de uma ação penal têm a seu favor o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso. Referido princípio vincula tanto o legislador na criação de tipos penais, que está atrelado ao princípio da legalidade, de modo a evitar a criação de tipos penais demasiadamente abertos, vagos, imprecisos, lacunosos e porosos, bem como o julgador, na aplicação da reprimenda penal em casos concretos. Para lograr esse desiderato, o direito penal não pode, por meio de seus órgãos de persecução penal, agir de forma desproporcional para com o agente que violou a norma penal e, via de consequência, ferir os direitos fundamentais de terceiros.

A vedação de excesso foi uma constante ao longo da história, tanto que o Estado Liberal de Direito surge como forma de acautelar o cidadão dos arbítrios do *Leviatã*. Dentro de sua fundamentação individualista, com foco na proteção da burguesia contra o absolutismo monárquico foram desenvolvidas as garantias de primeira dimensão, que não externavam a preocupação de proteger o corpo social. O que

faz o postulado da proibição de excesso é colocar em relevo a tradição histórica dos direitos fundamentais como alicerce dos direitos de defesa frente às intromissões estatais.⁶⁷

Contudo, por outro lado, deve também o Estado tutelar bens jurídicos com densidade social e reafirmar a sua autoridade, notadamente em crimes contra crianças e adolescentes, daí surgindo o imperativo de proteção com a consequente necessidade de uma resposta proporcional e adequada por parte do Estado em caso de violações de direitos. Certo é que a legitimação da intervenção penal – seja vinculando o legislador à criação de tipos penais ou o Poder Judiciário na aplicação de uma pena suficiente e adequada – é corolária da proibição da proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

⁶⁷ Cf. HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.138.200**, Estado de Goiás. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJ 04/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.530.637**, Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 17/9/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.530.637**, Estado de São Paulo. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de Julgamento: 10/03/2020, Data de Publicação: DJe 17/03/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Planalto**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 14.344, de 24 de maio de 2022. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. **Planalto**.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Castillo Petruzzi e outros vs. Peru**. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 30 de maio de 1999. Série C, nº 52. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf . Acesso em: 5 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Sentença de Mérito, Reparações e Custas, 25 de novembro de 2004. Série C, nº 119. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Kimel vs. Argentina**. Sentença de Mérito, Reparações e Fundo, 2 de maio de 2008. Série C, nº 177. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 5 out. 2023.

DOTTI, René Ariel. Prefácio. In: **Coleção 80 anos do código penal**: v. I: parte geral. REALE JR, Miguel; ASSIS MOURA, Maria Thereza de (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Curso de direito penal**. Parte geral. Arts. 1º a 120, Salvador: Juspodivm, 2016.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume 1 – Tomo 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

LEWANDOWSKI, Mateus Luz et. al. Impacto do distanciamento social nas notificações de violência contra crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, 2021. p. 2-15.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Persecução penal e interesses supraindividuais**: diálogos com o processo coletivo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEREZ, Fabíola. Brasil perde 19 adolescentes e crianças por dia para a violência. **R7**: São Paulo, 22 out. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-perde-19-adolescentes-e-criancas-por-dia-para-a-violencia-22102021>.

PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. **Criminalidade organizada e a dupla face do princípio da proporcionalidade**. Tese de Doutorado (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano (Portuguese Edition)** Forense. Edição do Kindle.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal. Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El sentido de los principios penales.**
Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002.