

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

JOSÉ JOAQUIM DE SOUZA NETO

JOÃO VITTOR GALINDO DE OLIVEIRA

THÁINA CATARINA MARQUES SALES

**HOMICÍDIO FUNCIONAL QUANDO PRATICADO CONTRA O FILHO
ADOTIVO: uma análise a respeito da divergência na aplicabilidade
dos Princípios da Igualdade e Legalidade**

CARUARU

2022

**JOSÉ JOAQUIM DE SOUZA NETO
JOÃO VITTOR GALINDO DE OLIVEIRA
THÁINA CATARINA MARQUES SALES**

**HOMICÍDIO FUNCIONAL QUANDO PRATICADO CONTRA O FILHO
ADOTIVO: uma análise a respeito da divergência na aplicabilidade
dos Princípios da Igualdade e Legalidade**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharéis em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Luis Felipe A. Barbosa**

CARUARU

2022

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar a divergência na aplicabilidade dos princípios da igualdade e legalidade na legislação que trata sobre o Homicídio Funcional nos casos em que for praticado contra o filho adotivo. De acordo com o estudo bibliográfico e o método indutivo desenvolvidos, foi possível identificar que existem dois princípios que conflitam, ao passo que orientam a mesma norma: o princípio da igualdade e legalidade. Devido a omissão do legislador em relação ao filho adotivo e ao fato de que a norma não foi alterada, esta infringe diretamente estes preceitos constitucionais. A segunda problemática é que, ao incluir o filho adotivo no rol do §2º, do art.121 do CP, por meio de interpretação extensiva, o que a doutrina minoritária sugere, seria criada uma analogia maléfica ao agente criminoso, violando o princípio da legalidade. Para o embasamento teórico foram utilizadas diversas fontes doutrinárias, bem como, a legislação do nosso país. O intuito desta pesquisa é tornar evidente para o leitor que, a partir do momento em que a norma conflita com o que assegura a Constituição Federal, torna-se inconstitucional, fazendo-se necessário que esta venha a passar por um controle de constitucionalidade, de modo que, possa ser analisada e ratificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Homicídio Funcional. Filho adotivo. Princípio da Igualdade e Legalidade. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the divergence in the applicability of the principles of equality and legality in the legislation that deals with Functional Homicide in cases where it is practiced against the adopted child. According to the bibliographic study and the inductive method developed, it was possible to identify that there are two principles that conflict, while guiding the same norm: the principle of equality and legality. Due to the legislator's omission in relation to the adopted child and the fact that the norm was not changed, it directly violates these constitutional precepts. The second problem is that, by including the adopted child in the list of §2, of article 121 of the CP, through extensive interpretation, which the minority doctrine suggests, an evil analogy would be created to the criminal agent, violating the principle of legality. For the theoretical basis, several doctrinal sources were used, as well as the legislation of our country. The purpose of this research is to make it clear to the reader that, from the moment the norm conflicts with what the Federal Constitution guarantees, it becomes unconstitutional, making it necessary for it to undergo a control of constitutionality, of so that it can be analyzed and ratified by the Federal Supreme Court.

Keywords: Functional Homicide. Adopted son. Principle of Equality and Legality. Constitutional Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	9
2. DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E LEGALIDADE	11
3. DA QUALIFICADORA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE.....	15
CONSIDERAÇÕES FINAIS	17
REFERÊNCIAS.....	19

INTRODUÇÃO

Diante da crescente taxa de homicídio contra as autoridades policiais e afins, no Brasil, em 6 de julho de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.142 trazendo a qualificadora do Homicídio Funcional. Esta nova legislação acrescentou ao § 2º do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, o inciso VII. Este inciso traz um rol taxativo quanto aos sujeitos passivos desta qualificadora, são eles: as autoridades e os agentes das Forças Armadas, integrantes do Sistema Prisional e da Força Nacional de Segurança Pública -previsto nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

Segundo dados levantados no ano de 2014 pelo Sindicato dos Policiais Civis (SINPOL) e publicado pelo site de notícias G1, no estado do Rio de Janeiro foram mortos 114 (cento e catorze) agentes de segurança pública, sendo que 93 (noventa e três) destes homicídios ocorreram quando estes estavam de folga e 18 (dezoito) quando serviam ao Estado.

Também no ano de 2014, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública expôs estatísticas referentes às mortes dos policiais no Brasil, entre os anos de 2009 e 2013, com um total de 1.170 homicídios praticados contra policiais.

Em decorrência da elevação desses índices, o legislador trouxe nesta lei uma punição mais severa que a de um homicídio comum visando uma maior proteção e buscando desestimular o agente a praticar este tipo de crime contra àqueles salvaguardados por esta qualificadora.

Em 1988 a Constituição Federal inaugurou o Princípio da Igualdade entre os filhos com a previsão do §6º do art. 227. Inclusive com previsão infraconstitucional, em 2002, o Código Civil em sua nova redação do art. 1.596, bem como o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tratam de forma expressa, dessa igualdade entre os filhos, ultrapassando os conceitos antes utilizados para distinguir os filhos em suas diversidades. Desde então, não se admite qualquer discriminação/distinção feita em relação aos filhos, inclusive as designações utilizadas pelo Código Civil de 1916, como: filhos legítimos, adotados, adulterinos ou incestuosos. Vale ressaltar que este princípio assegura em sua essência a dignidade da pessoa humana, visto que os filhos somente os filhos “legítimos” eram sujeitos de direitos e proteção estatal.

Diante desse reconhecimento de igualdade é possível identificar que existe uma controvérsia, quando da redação da qualificadora prevista no Código Penal, com

os princípios de igualdade e legalidade. Este embate doutrinário a respeito de como se dará a aplicação do Princípio da Legalidade decorre da vedação à analogia *in malam partem* e do Princípio da Igualdade que, neste caso, está ligado aos filhos, nas hipóteses de homicídio funcional (trazida pela lei 13.142/2015) quando cometido em desfavor do filho adotivo de uma das autoridades ou agentes das Forças Armadas, integrantes do Sistema Prisional e da Força Nacional de Segurança Pública -previsto nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal-, assim como preleciona o artigo 121, §2º, VII do Código Penal Brasileiro.

A qualificadora do homicídio funcional foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro somente no ano de 2015. Até o presente momento, este assunto não chegou aos tribunais superiores, estendendo-se apenas a discussões no campo doutrinário. Tendo em vista estes pontos controversos e a inserção recente desta lei, ou seja, levando em consideração que está problemática pertence a uma área pouco explorada, entende-se como bastante relevante a busca pelo entendimento da aplicabilidade da mesma.

Mas, por que a Lei Penal é taxativa quanto à aplicabilidade da pena?

Ora, não incluir o filho adotivo para que, assim como o filho consanguíneo, tenha proteção legal, seria, também, infringir um preceito constitucional. Tendo em vista que, a Constituição Federal trata, sem nenhum critério discriminatório, os filhos adotivos, bem como os havidos ou não dentro de uma relação matrimonial.

O artigo 121, §2º, VII do Código Penal Brasileiro nos limita a entendermos que a aplicabilidade se estende apenas àqueles que possuem vínculo consanguíneo, extinguindo, desta forma, os filhos adotivos, o que nos deixa uma brecha que leva à possibilidade de uma interpretação com base no artigo 227 da Constituição Federal, onde expressa, de forma clara, que são proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esta corrente minoritária faz com que haja um questionamento quanto à esta taxatividade. Esta Lei é expressa de forma correta ou precisa de uma retificação levando em consideração o texto constitucional? A forma atual pode ser considerada um ato inconstitucional já que fere a própria Constituição?

Portanto, este trabalho tem como objeto de estudo compreender as divergências na aplicabilidade da qualificadora e os pontos controversos quanto aos princípios da igualdade e legalidade **especificadamente em relação ao filho adotivo**, analisando, também, a constitucionalidade da norma.

1. A FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A anterior legislação Civil (1916) tinha como característica e objetivo a preservação da família tradicional, a qual se constituía do pai, mãe e filhos(as), não aceitando outras formas de entidade familiar, fazendo, também, clara distinção sobre os filhos não havidos no casamento, sejam os nascidos em decorrência de relações extraconjugais (fora do matrimônio), os quais eram denominados pelo Código Civil de 1960, com previsão no artigo 358, como filhos espúrios (incestuosos e adulterinos) ou aqueles advindos da adoção. Ambos não tinham seus direitos como filhos, pois não eram reconhecidos como tal pelo código anterior.

É possível concordar com Paulo Lobo (2021) quando este afirma ser o Princípio da Igualdade aquele que mais trouxe mudanças para o direito civil brasileiro, inclusive, no direito de família por atribuir a ela legitimidade aos filhos independente da forma de ingresso no seio familiar, de modo que, a forma biológica da filiação deixou de ser apenas da forma que consideravam “tradicional”.

Foi, portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 que o cenário no âmbito da filiação evoluiu. Com a finalidade de proteger a todos e atribuir-lhes proteção estatal aos filhos antes não reconhecidos como sujeitos de direitos, foi que surgiu o Princípio da Igualdade, expresso no parágrafo 6º, art. 227, da CF/88:

Art. 227 [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim, contribuiu com importante vedação as distinções entre filhos, independentemente de serem estes consanguíneos ou não, colocando-os em grau não apenas de importância, mas, de forma equivalente à proteção, assim também, observando o Princípio da Dignidade Humana:

Flávio Tartuce (2021, p. 28), ao tratar do princípio da igualdade entre os filhos, escreve:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, comuns em passado não tão remoto.

Foi através da evolução da sociedade que o núcleo da família foi se dissolvendo dando possibilidade a outras construções familiares, deixando de ser pátrio poder -expressão trazida pelo CC/1916- e passando a ser levado em consideração o laço da afetividade.

Na contemporaneidade é a afetividade que rege a família, sendo seu núcleo central. Diante disto, não caberia mais a legislação civil tratar com indiferença os filhos não consanguíneos, foi o que fez o atual código de 2002 que, em seu artigo, 1.596 transcreve a norma constitucional 227, parágrafo 6º.

Sendo assim, existem dois princípios responsáveis para que haja a eliminação da desigualdade, o princípio da igualdade jurídica e o princípio da afetividade, sendo ambos previstos na Constituição Federal de 1988, prevendo a absoluta igualdade entre os filhos e a identificação da comunidade seja por qualquer dos pais e dos descendentes, englobando os adotivos, fazendo com que seja uma entidade familiar protegida constitucionalmente.

Como explica Maria Berenice Dias (2021) que, a origem e vínculo de parentalidade genético e logo, a consanguinidade, não interessam mais a atual sociedade, podendo ser considerado pai ou mãe aquele que não fez parte do ato procriativo e filho aquele que decorreu da adoção, fecundação heteróloga e da socioafetividade. Assim, ela também faz menção ao trazer uma expressão utilizada por João Batista Villela, a **desbiologização da paternidade**, que demonstra muito bem o presente status de filiação.

Portanto, uma vez que o filho adotivo recebe respaldo na Constituição, o conceito de filiação não se restringe mais apenas à biológica, dando lugar também à filiação socioafetiva, que não é caracterizado apenas pela origem do vínculo biológico

O tema da multiparentalidade reflete diretamente no espaço da filiação. Em 2013, o Superior Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, consolidou o entendimento de que mesmo não declarada em registro público, a paternidade socioafetiva terá seu reconhecimento. Tal entendimento ficou marcado no tema nº 622, do STF, que trata da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”, assim decidiu o STF.

É de se saber que a posição adotada pela Suprema Corte traz diversos desdobramentos no direito de família, sucessões, bem como, no âmbito penal.

2. DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E LEGALIDADE

Como explanado anteriormente, a Carta Magna de 1988 trouxe o Princípio da Igualdade em decorrência da relação entre os filhos, de forma que não venha mais a ser aceito qualquer ato ou designação discriminatória, conforme preceito expresso no §6º, art. 227 da CF/88.

Porém, com o advento da Lei nº 13.142/2015 que alterou o Código Penal em seus artigos 121 e 129, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a qualificadora do homicídio funcional prevista no §2º, VII, do art. 121:

Art. 121. Matar alguém:

[...]

§ 2º Se o homicídio é cometido:

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

Ademais, houve a inclusão do inciso I-A ao Art. 1º da lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), por meio da Lei nº 13.146/2015, que atribui aos crimes de lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte o *status* de crime hediondo, que ocorram contra os sujeitos protegidos pela qualificadora do homicídio funcional. O motivo que fundamentou a criação desta lei, à época, foi o alto índice de homicídios contra autoridades policiais e afins, inclusive, quando estes não estavam à serviço do Estado.

Porém, tendo em vista que o mesmo crime era cometido em desfavor de outros parentes em decorrência da função destas autoridades policiais, podendo-se afirmar que se configura como uma forma de vingança, a norma qualificadora foi além e estendeu o seu rol de sujeitos passivos incluindo o cônjuge, companheiro e parentes consanguíneos, até o terceiro grau, destas autoridades tuteladas pela qualificadora, como bem observado por Marco Antônio de Oliveira e Roberto do Livramento Bueno (2018, p. 08):

[...] cabe mencionar que a referida lei, no tocante ao delito de homicídio, tratou de enquadrar não somente os agentes/autoridades que desempenham função pública inerente à defesa do Estado, como também abarcou os cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau destas pessoas, **quando mortas em**

razão da referida atividade desempenhada. Optou aqui o legislador em abarcar uma extensa gama de sujeitos para a inclusão na tipificação do tipo penal qualificado. [...]

(Grifo nosso)

Dessa forma, desde que haja nexo de causalidade com o exercício da função ou em razão dela, também se encaixam como sujeitos passivos com essa qualificadora os Ministros dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, os Ministros do STF, Juízes Estaduais e Federais, e seus familiares.

Porém, o legislador apenas mencionou os parentes que possuem vínculo consanguíneo como sujeitos tutelados por esta qualificadora, de modo que, ao trazer este rol taxativo, os filhos que não possuem ligação biológica foram excluídos, perdendo todo amparo legal trazido por esta norma. Em decorrência desta omissão do legislador, criou-se uma discussão para entender se o filho adotivo poderia figurar como sujeito passivo no crime de homicídio funcional da mesma forma prevista para o filho consanguíneo, tendo em vista que a Constituição Federal veda quaisquer atos discriminatórios entre os filhos e está omissão infringiria diretamente o Princípio da Igualdade.

Restando evidenciada a lacuna pelo legislador à respeito da criação da qualificadora, ora em comento, resta a dúvida se sua abrangência alcança (ou não) o filho adotivo em seu rol. Neste ponto, cabe trazer o comentário feito por Oliveira e Bueno (2018, p. 08):

[...] Sua abrangência claramente pode ser tratada como uma característica presente no simbolismo penal, na medida em que deixa diversas lacunas e questionamentos em relação aos referidos sujeitos e a possibilidade de enquadramento na qualificadora.

Exemplo claro disso é a proteção dada apenas ao parente consanguíneo, deixando de fora aqueles que possuem parentesco civil com agentes e autoridades de segurança pública. [...]

É nesse ponto que surge a grande discussão doutrinária. De um lado, a doutrina considera a possibilidade de o filho adotivo figurar como sujeito passivo da qualificadora, com fundamento no Princípio da Igualdade, ora parte da doutrina destaca a impossibilidade, tendo em vista do Princípio da Legalidade e a vedação da *analogia in malam partem*, que restaria configurada na hipótese de elastecer o alcance da norma ao filho adotivo o que, para tanto, dependerá de uma interpretação extensiva proibida no âmbito da legislação penal brasileira.

Eduarda Cristina de Oliveira (2018) defende que é necessário dar ênfase a esses princípios, uma vez que são estes a ponte para se identificar a possibilidade

(ou não) do alcance da norma ao filho adotivo, tornando-o sujeito passivo do homicídio funcional.

Neste panorama, no vocabulário latim, os princípios (*principium*) podem ser traduzidos como início, nascedouro, origem, entre outros substantivos. Os princípios são instrumentos de demasiada importância no ordenamento brasileiro, pois tem o condão de direcionar os caminhos do Direito, bem como serem fontes para a criação de normas.

Como bem descreve Miguel Reale (2001), os princípios gerais de direito têm como função o condicionamento e orientação, para que seja possível a compreensão do nosso ordenamento, seja no âmbito da aplicação, integração ou mesmo, para a elaboração de novas normas.

O Princípio da Igualdade é previsto desde 1824, quando foi introduzido na Constituição do Império. Porém, é na Constituição Cidadã de 1988 que este princípio ganha ainda mais relevância e importância para com o seu devido cumprimento, inclusive sendo previsto no preâmbulo da CF/88, assim como na redação do **Art. 5º, caput, da norma maior:**

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: **(grifo nosso)**

Com o fim de alcançar a justiça social, o constituinte de 1988 contemplou a igualdade entre os filhos, o qual decorre do princípio geral da igualdade, expresso no **§6º, do Art. 227, da CF/88**, atribuindo ao filho adotivo dignidade, respeito e igualdade de direitos, equiparando-os aos filhos biológicos e abominando qualquer discriminação entre os filhos: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, **proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.**” **(grifo nosso).**

Na visão constitucionalista de Francisco Dirceu Barros (2015), a igualdade entre os filhos deve prevalecer, visto que a Constituição Federal garante que não haja quaisquer discriminações entre os filhos, sejam eles havidos do casamento ou por adoção, onde existe a equiparação dos filhos adotivos e consanguíneos. Portanto, é inegável que a qualificadora deveria também proteger o filho adotivo. Afirma também que, incluindo o filho adotivo no rol de sujeitos passivos do homicídio funcional, não haveria, neste caso, o uso da *analogia in malam partem*, pois não existem lacunas a serem preenchidas, visto que é vedada qualquer distinção.

Compactua desse pensamento Rogério Tadeu Romano (2019) que preconiza o mandamento constitucional da igualdade e equiparação entre os filhos, abrangendo o alcance da norma para que chegue também ao filho adotivo.

De outro lado, há doutrina majoritária no sentido de que deve ser observado o Princípio da Legalidade e a vedação da *analogia in malam partem*, que atinge o agente praticante do ato delituoso de forma a prejudicá-lo e cercear suas garantias penais e processuais penais, em detrimento do princípio da igualdade.

Compactuam desse pensamento majoritário Leandro Felix Cardoso (2020) e, em especial, Eduardo Luiz Santos Cabette (2017), que entende não ser possível trazer o filho adotivo ao rol de sujeitos passivo da qualificadora, criticando o posicionamento acima adotado por Barros (2015):

Em nosso entendimento o autor (Barros) se equivoca e mistura indevidamente interpretação de normas constitucionais, as quais admitem ampliação, com normas penais gravosas, que não o admitem, especialmente, tendo em vista que o caso pode ser contornado perfeitamente mediante o uso da qualificadora do "motivo torpe". A proposta de Barros consiste em consertar um erro de inconstitucionalidade por insuficiência com um subsequente erro de inconstitucionalidade por excesso, violando o princípio da legalidade sem qualquer necessidade (...)

Ou seja, para os autores adeptos a esta corrente, não poderia o filho adotivo ser protegido pela qualificadora do homicídio funcional, visto que o legislador se utilizou da expressão "parentes consanguíneos", o que por exclusão não engloba o filho adotivo.

O Princípio da Legalidade tem previsão constitucional, ou seja, é um direito tão importante que o constituinte o incluiu no rol de direitos e garantias fundamentais do Art. 5º, XXXIX da CF: "Art. 5º [...] XXXIX - **não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;**" (**grifo nosso**)

Também há previsão infraconstitucional, diga-se no Código Penal, que ao abordar sobre a anterioridade da lei, em seu artigo 1º, traz de forma implícita o princípio da legalidade e a vedação do uso da *analogia in malam partem*, que vincula o agente à um tipo penal (que em tese não existe) de forma que venha a prejudicar o réu, inclusive, acerca da discussão envolvendo o homicídio funcional.

É necessário que uma determinada conduta seja prevista como crime antes mesmo de ser colocada em prática, havendo também a necessidade de que eventual pena a ser imposta seja prevista na norma. Porém, vale ressaltar que, na hipótese de

utilização da interpretação analógica para benefício do acusado, é admitido o uso da *analogia in bonam partem*.

Nestes termos, dispõe Eduarda Cristina de Oliveira (2018, p.2):

A saber, vale informar que os referidos princípios são pautados não somente na Constituição Federal, mas também em leis infraconstitucionais, conforme previsto no Código Penal, de modo que não ocorrerá o crime sem que a lei anteriormente o tenha definido e muito menos, pena sem prévia cominação legal.

Desta forma, ainda que a discussão trâmite no âmbito constitucional devido aos princípios serem pautados na Constituição Federal, é possível encontrar um respaldo no âmbito Penal. Para essa corrente doutrinária, que opta pela prevalência do Princípio da Legalidade, não seria possível incluir o filho adotivo no rol de sujeitos passivos do homicídio funcional sem que seja cerceado o direito do agente delituoso.

O princípio da legalidade é como um instrumento que impõe limites ao *jus puniendi* do Estado evitando que ocorram atos ilegais, com abuso de poder ou discricionários contra o agente, assim resguardando direitos básicos e fundamentais do Estado Democrático de Direito, como o previsto no art. 5º, inc. XXXIX, Constituição Federal. (Cezar Roberto Bitencourt, 2012).

Inclusive, atribuem ao legislador um erro inescrutável e uma omissão inaceitável ao mencionar “**parentes consanguíneos**” visto que não observou ao tempo da criação da norma o Princípio da Igualdade restando a norma inconstitucional, já que não observa preceito constitucional.

3. DA QUALIFICADORA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Diante da inobservância do legislador para com o princípio da igualdade, distinguindo os filhos biológicos dos filhos adotivos, por exemplo, que por si só já justifica a inconstitucionalidade da norma. Eduardo Luiz Santos Cabette (2015) traz uma observação muito importante, por quanto da instituição da qualificadora do homicídio funcional ser considerado hediondo:

A previsão dessa conduta como homicídio qualificado e, conseqüentemente, como Crime Hediondo, é alardeada aos quatro ventos.

Em primeiro lugar, a suposta “alteração” legislativa não passa de mais uma atuação cosmética. Não se trata e nem poderia, sob pena de violação do Princípio da Igualdade na proteção do bem jurídico vida humana, qualificar um homicídio e torná-lo hediondo somente pelo fato de que a vítima ocupa uma determinada função pública, ainda que ligada à segurança nacional ou pública. Não há justificativa para uma

discriminação nesses casos. Uma vida humana não pode ter valor diferenciado de acordo com o cargo ou posição social do indivíduo.

Para essa corrente uma possível saída seria atribuir a qualificadora do motivo torpe, prevista no artigo 121, § 2.º, I, Código Penal: “§ 2º Se o homicídio é cometido: I – (...) ou por outro motivo torpe;”. Tendo em vista não ser possível atribuir a quem comete homicídio contra filho adotivo de um dos agentes descritos nos arts. 144 e 145, da CF em decorrência da função que estes exercem.

É considerado motivo torpe aquele ato que é: “(...) repugnante, abjeto, vil, que demonstra sinal de depravação do espírito do agente. O fundamento da mais severa punição ao criminoso repousa na maior infringência à moral média, ao sentimento ético social comum(...)”. (NUCCI, 2005, p. 246)

Logo, matar uma pessoa em razão da sua função se encaixa perfeitamente no que a doutrina entende por motivo torpe, não ficando desamparado o filho adotivo.

Destarte, o apresentado por esta última corrente, inclusive, a de maior adesão, a qual considera o Princípio da Legalidade e a proibição da *analogia in malam partem*, não sendo possível que o filho adotivo figure como sujeito tutelado pela qualificadora do homicídio funcional, atribuindo a este dispositivo status de inconstitucionalidade devido a inobservância do Princípio da Igualdade, visto que seu texto expressa distinção aos filhos (biológicos e adotivos), sendo viável ao caso, aplicar a qualificadora do motivo torpe.

Diante da importância da discussão é imprescindível que o órgão julgador competente, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, analise por meio de controle de constitucionalidade a omissão que o texto da qualificadora carrega e a deixa incompatível com a Constituição. Este controle é necessário para reafirmar a supremacia constitucional.

Porém, até o presente momento, o caso em estudo permanece restrito ao campo literário, não alcançando os tribunais. Ocorre que, a falta de um olhar técnico e uma jurisprudência acerca do caso, deixa uma grande falha no sistema legislativo do nosso país. Tendo em vista que, a legislação que discorre sobre o homicídio funcional vai contra o que preceitua a própria Constituição Federal, estamos diante de um caso de extrema relevância e que necessita de um controle jurisdicional para a resolução desta inconstitucionalidade. O papel principal deste controle no caso ora em comento, seria de reprimir o ato inconstitucional de forma que viesse a retificar a legislação dando amparo legal ao filho adotivo.

Diante dessa problemática e considerando a sua relevância, é possível questionar a ausência de iniciativa de legitimados para propor a Arguição de Descumprimento de preceito fundamental instrumento (adequado à resolução da questão pois há nesse caso, preceito fundamental sendo violado), como por exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que segundo o inciso I, art. 44, do seu estatuto é responsável também por:

“I - Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”

Possível é também questionar a omissão do Ministério Público ao qual a Constituição Federal de 1988 incube a responsabilidade de proteção aos interesses fundamentais da sociedade, visto que a qualificadora do homicídio funcional ao discriminar o filho adotivo viola não só os princípios da legalidade e igualdade, mas também o princípio sensível da Dignidade da Pessoa Humana, estendendo seus reflexos de modo claramente negativo no âmbito social, da cidadania, e da (in)justiça com aqueles que por muito tempo não eram considerados sujeitos de direitos perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Por tanto, é de extrema importância que estes legitimados, responsáveis de proteção de interesses constitucionais e sociais, levem esse tema para ser discutido e analisado pelo Supremo Tribunal Federal, na posição de guardião da constituição, possa pôr fim a essa grave violação aos preceitos, princípios e a supremacia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A qualificadora do homicídio funcional, novidade legislativa no ano de 2015, inserida no Código Penal por meio da Lei nº 13.142, surgiu com a necessidade de dar amplitude a proteção dos agentes de segurança elencados no arts. 144 e 145 da CRFB/88, pois precisam de maior amparo legal devido ao crescente número de homicídios cometidos em decorrência da qualidade de ser agente policial (estricto senso). Intuito também de proteger os indivíduos com relação de parentesco.

A partir da mudança na forma de compreensão de filiação e família, nota-se que esta foi de imensa notoriedade para o ordenamento jurídico e também para a sociedade como um todo. As mudanças que o Código Civil 2002 juntamente com a Constituição Federal de 1988 que equiparou os filhos (em todas as suas formas de

ingresso no vínculo familiar), buscou tutelar a todos, inclusive aqueles antes esquecidos, discriminados e titulados sujeitos sem direitos, como era o caso do filho adotivo. É a partir da ideia de que todos somos sujeitos de direitos e deveres que surge a importância o Princípio da Igualdade, e que passa a tratar os filhos não havidos no casamento, inclusive o filho adotivo, sem qualquer discriminação.

Compreender essa evolução é entender que a afetividade passou a se destacar e ser o ponto central no seio familiar, não mais sendo relevante o status biológico, como na era patriarcal.

Com o conceito amplo da filiação e a proteção que a Constituição Federal assegura aos filhos, é possível observar uma inconstitucionalidade no texto da qualificadora do homicídio funcional, pois ao proteger os agentes das forças armadas e afins, bem como seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, fez surgir uma problemática entre os princípios da igualdade e da legalidade, visto que não foi inserido o filho adotivo em seu texto. Notória se faz a discriminação tácita feita pelo legislado (intencional ou não), entre o parentesco biológico e afetivo, de modo que não amparou o filho adotivo, não observando o princípio da igualdade. É, portanto, o texto da qualificadora em comento, inconstitucional vez que viola princípio constitucional.

Se faz necessário que órgãos titulares de proteger o Estado democrático de direito, promover a cidadania e a busca da justiça, como a exemplo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e o Ministério Público, levem essa discussão ao Supremo Tribunal Federal para que em sede de controle de constitucionalidade se manifeste, dando fim a esse erro grosseiro cometido pelo legislador, restabelecendo a supremacia constitucional, efetivando direitos e garantias fundamentais, assim como, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além de acabar com retrocesso que é a distinção entre os filhos, o que não pode mais ser aceito nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco; DIRCEU. **Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015.**: A controvérsia da terminologia autoridade e filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

BITENCOURT, Cezar; ROBERTO. **Tratado de direito penal.** Ed. 17^o. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição.** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, 1940.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, 2002.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 898.060/SC.** Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em: 17 de abril.

CABETTE, Eduardo Luiz; SANTOS. **Homicídio e Lesões corporais de agente de segurança pública e forças armadas:** Alteração da lei 13.142/15. Jus, 2015. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/207075622/homicidio-e-lesoes-corporais-de-agentes-de-seguranca-publica-e-forcas-armadas-alteracoes-da-lei-13142-15>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

_____. **Homicídio qualificado de agentes de segurança, parentes, cônjuges e companheiros:** a questão do parentesco natural ou civil. Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/256313/homicidio-qualificado-de-agentes-de-seguranca--parentes--conjuges-e-companheiros--a-questao-do-parentesco-natural-ou-civil>>. Acesso em 14 de maio de 2021.

CARDOSO, Leandro Felix; CARDOSO. **Homicídio funcional: o filho adotivo no polo passivo e o confronto de normas** – princípio da legalidade x princípio da igualdade. Jus, 2020. Disponível em: <[_https://jus.com.br/artigos/79096/homicidio-funcional-o-filho-adotivo-no-polo-passivo-e-o-confronto-de-normas-principio-da-legalidade-x-principio-da-igualdade](https://jus.com.br/artigos/79096/homicidio-funcional-o-filho-adotivo-no-polo-passivo-e-o-confronto-de-normas-principio-da-legalidade-x-principio-da-igualdade)>. Acesso em: 13 de maio de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; CUNHA. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). Ed. 11º. JUSPODIVM, 2019.

DIAS, Maria Berenice; DIAS. **Manual de direito das famílias**. Ed. 14º. Salvador: JUSPODIVM, 2021.

ESTEFAM, André; ESTEFAM. **Direito penal: parte geral**. Ed. 7º. São Paulo: Saraiva, 2018.

G1, Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/12/em-2014-114-policiais-foram-mortos-no-rj-de-acordo-com-sindicato.html>>. Acesso em: 29 de fevereiro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eduarda Cristina. **Análise crítica da aplicabilidade efetiva da qualificadora do homicídio funcional em relação ao filho adotivo ante as consequências jurídicas do termo gramatical “parente consanguíneo”**. Revista eletrônica multidisciplinar - UNIFACEAR, 2018. Disponível em: <[https://revista.facear.edu.br/artigo/download/\\$/analise-critica-da-aplicabilidade-efetiva-da-qualificadora-do-homicidio-funcional-em-relacao-ao-filho-adotivo-ante-as-consequencias-juridicas-do-termo-gramatical-parente-consanguineo](https://revista.facear.edu.br/artigo/download/$/analise-critica-da-aplicabilidade-efetiva-da-qualificadora-do-homicidio-funcional-em-relacao-ao-filho-adotivo-ante-as-consequencias-juridicas-do-termo-gramatical-parente-consanguineo)>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Marco Antônio; BUENO, Roberto do Livramento. **O homicídio funcional como modelo de inoperância do estado: uma análise à luz do direito penal simbólico**. FACULDADE EDUVALE DE AVARÉ, 2018. Disponível em: <<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2018/05/artigo8.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos Sabóia; PEIXOTO, Igor de Andrade. **Situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional**. MPMG, 2019, p.7-13. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

PUSEBON, Isabela Maria Zanella; VIEIRA, Tiago Vidal. **A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional: Legalidade versus igualdade.** CENTRO UNIVERSITÁRIO FAG, 2017. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/5953e504a0db8.pdf>>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família - Vol. 5.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993818. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/>>. Acesso em: 18 maio 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu; ROMANO. **Homicídio Funcional - o homicídio funcional.** Jus, 2020. Disponível em: <<https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/760040542/o-homicidio-funcional>>. Acesso em: 20 de maio de 2021.