



**FACULDADES INTEGRADAS DE PONTA PORÃ
FIP/MAGSUL**

LETÍCIA MARIANI DAUZACKER ORTIZ

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

PONTA PORÃ

2022

LETÍCIA MARIANI DAUZACKER ORTIZ

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Mauro Alcides Lopes Vargas.

PONTA PORÃ

2022

LETÍCIA MARIANI DAUZACKER ORTIZ

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ponta Porã como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof. Esp. Mauro Alcides
Lopes Vargas.
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Profº Examinador: Esp. Renata
Freitas de Souza.
Faculdades Integradas de Ponta Porã

Profº Examinador: Mestra Lysian
Valdes.
Faculdades Integradas de Ponta Porã

AGRADECIMENTOS

A Deus e Nossa Senhora, por segurar minha mão e me sustentar por toda a vida e, não seria diferente ao longo desses cinco anos.

Aos meus pais, Aimar Ortiz e Rosimary Dauzacker por serem minha base, sempre foi por eles e continuará sendo todo o meu esforço.

Aos meus irmãos, Jhoy Guilherme, Larissa e Leandro por serem meus melhores amigos e minhas maiores alegrias.

Aos meus amigos, em especial Luana Ramires e Nicolas Bernal, sem vocês esses cinco anos não seria tão leve. Vocês são essenciais na minha vida, agora somos três.

Aos meus queridos professores em especial Mauro Lopes e Lysian Valdes, deposito em vocês toda a minha admiração e gratidão.

E por fim, meu noivo Gabriel Cantaluppi por toda paciência, esforço e encorajamento, sem você isso não seria possível. Obrigada por tudo. Te amo incondicionalmente.

"Para tudo há seu tempo determinado; há um tempo certo para cada propósito debaixo do céu".

Eclesiastes 3:1.

ORTIZ, Letícia Mariani Dauzacker. **A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional**. 55 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Faculdades Integradas de Ponta Porã, Ponta Porã/MS, 2022.

RESUMO

A presente pesquisa trata-se de uma abordagem sobre o homicídio praticado contra os filhos adotivos de agentes de segurança que são descritos pelos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988, também autoridades e agentes integrantes do sistema prisional, bem como integrantes da Força Nacional de Segurança Pública. O presente tema é de fundamental importância tendo em vista que o Brasil é refém da violência e do medo, trazendo uma realidade de insegurança, em especial para os agentes de segurança que estão lidando diariamente com um perigo incontestável. Salienta-se que essa insegurança acaba atingindo muito mais que os próprios agentes de segurança, como as pessoas que convivem com os mesmos, uma vez que em razão do emprego, por vezes, também sofrem ameaças a seus parentes e cônjuges. Dessa maneira, o presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade do artigo 121, §2º, VII do Código Penal dentro do ordenamento jurídico pátrio, inserido no Código Penal pela Lei nº 13.142 de 2015 intitulado “Homicídio Funcional”, entretanto, essa norma excluiu a aplicação da qualificadora para os filhos adotivos. Portanto, pretende-se fazer uma análise da possível inconstitucionalidade material e formal do instituto já mencionado, assim os argumentos favoráveis como os argumentos contrários à sua aplicação, a sua compatibilidade com o sistema legislativo brasileiro, bem como todos os principais reflexos da própria aplicação da qualificadora no âmbito jurídico. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo. A pesquisa bibliográfica também foi essencial, considerando que forneceu um estudo teórico, embasado na lei.

Palavras-chave: Parentesco civil. Adoção. Vexata quaestio

ORTIZ, Leticia Mariani Dauzacker. **the legal situation of the adopted child in the functional homicide**. 55 pages. Undergraduate thesis of the Law Course – Faculdades Integradas de Ponta Porã, Ponta Porã/MS, 2022 (em inglês).

ABSTRACT

The present research is an approach to the homicide practiced against the adopted children of security agents that are described by articles 142 and 144 of the Federal Constitution of 1988, also authorities and agents that are part of the prison system, as well as members of the National Force. of Public Security. The present theme is of fundamental importance considering that Brazil is hostage to violence and fear, bringing a reality of insecurity, especially for security agents who are dealing daily with an undeniable danger. It should be noted that this insecurity ends up affecting much more than the security agents themselves, such as the people who live with them, since, due to employment, they sometimes also face threats to their relatives and spouses. In this way, the present work aims to analyze the constitutionality of article 121, §2, VII of the Penal Code within the national legal system, inserted in the Penal Code by Law No. the application of the qualifier for adopted children. Therefore, it is intended to make an analysis of the possible material and formal unconstitutionality of the aforementioned institute, as well as the favorable arguments as well as the arguments against its application, its compatibility with the Brazilian legislative system, as well as all the main reflexes of the application of the law itself. legal qualification. For that, the deductive method was used. The bibliographic research was also essential, considering that it provided a theoretical study, based on the law.

Keywords: Civil kinship. Adoption. embarrassing quaestio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	10
1.1 CONCEITOS.....	10
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
1.3 A ADOÇÃO NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO ATUAL.....	17
1.3.1 A adoção e a Constituição Federal de 1988	17
1.3.2 A adoção à luz do Código Civil	18
1.3.3 A adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente	19
2 FILHO ADOTIVO E O HOMÍCIDO FUNCIONAL	24
2.1 HOMICÍDIO.....	24
2.2 HOMICÍDIO FUNCIONAL	30
2.2.1 Proteção da Função	34
3 ANÁLISE DA CONSITUCIONALIDADE DO HOMICÍDIO FUNCIONAL	36
3.1 OS FAMILIARES MENCIONADOS NO ARTIGO 121, § 2º, VII, DO CÓDIGO PENAL.....	36
3.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA EM RELAÇÃO AO PARENTESCO CIVIL	38
3.3 A HISTÓRIA LEGISLATIVA DA LEI Nº13.142/15	39
3.3.1 Emenda de plenário ao projeto de Lei nº 846	42
3.3.2 Análise do Projeto de Lei pelo Senado Federal	43
3.4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII, DO CÓDIGO PENAL	45
3.4.1 Princípio da legalidade e princípio da igualdade e as vertentes do filho adotivo no homicídio funcional.....	45
3.4.2 A constitucionalidade do homicídio funcional.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata-se de uma abordagem sobre o homicídio praticado contra os filhos adotivos de agentes de segurança que são descritos pelos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988, também autoridades e agentes integrantes do sistema prisional, bem como integrantes da Força Nacional de Segurança Pública.

Nota-se que também a importância dos princípios da legalidade e da igualdade no ordenamento jurídico, inclusive dentro das normas penais, visto que são utilizados na resolução de inúmeros conflitos no dia a dia. A pretensão da presente pesquisa será analisar a possível inconstitucionalidade da situação do filho adotivo dentro do homicídio funcional, que foi incluído pela Lei nº 13.142/2015.

Dessa maneira, a inclusão deste dispositivo na lista dos homicídios é denominada como homicídio funcional, além disso, é caracterizado pelo aumento da pena para aqueles crimes cometidos contra agente ou autoridades descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, bem como os integrantes do sistema prisional e também da Força Nacional de Segurança Pública, que estão no exercício da função ou pela decorrência da função, assim como o homicídio praticado contra o seu cônjuge, o companheiro ou parente consanguíneo de até o terceiro grau, entretanto não incluindo o parentesco civil, que insere o filho adotivo.

Ademais, serão analisadas duas vertentes para que o entendimento jurídico seja coeso, sendo elas baseadas no princípio da igualdade e no princípio da legalidade. Ademais será averiguado também a história legislativa da Lei nº 13.142 de 2015, como forma de obter resposta aos motivos que acabaram levando a criação da qualificadora em comento, como os assuntos relacionados que foram objetos de discussão durante a sua elaboração.

No que concerne a estrutura da monografia, ressalta-se que o primeiro capítulo trata-se dos aspectos da adoção, assim como analisa como a adoção é tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Já o segundo capítulo demonstra o homicídio funcional e suas delimitações.

Por fim, o terceiro capítulo tem por finalidade sanar as possíveis dúvidas quanto a situação legal do filho adotivo considerando a qualificadora do homicídio funcional, verifica-se também a constitucionalidade do artigo 121, §2º, VII do Código

Penal amparando-se nos princípios constitucionais, asso, como o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para isto, será efetuado um levantamento através de revisão bibliográfica com o intuito de selecionar os principais entendimentos encontrados sobre o tema.

1 ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Este capítulo tem por finalidade apresentar o conceito do instituto jurídico da adoção, isto é, a sua definição conforme as diretrizes legais e doutrinária. Bem como será retratado os lineares históricos da adoção no Brasil, contemplando as suas mudanças significativas decorrentes da própria evolução relativa as relações familiares e também da sociedade. Outrossim, também será averiguado os efeitos principais que a efetiva consumação da adoção ocasiona.

Dessa maneira, essas observações são de extrema importância, uma vez que é necessário entender a adoção no ordenamento jurídico brasileiro para melhor entender sobre a situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional.

1.1 CONCEITOS

A palavra adoção é originária no latim, a expressão “*ad optare*” que significa optar ou escolher, ou seja, refere-se ao sentido de que a adoção é uma opção em que os adotantes precisam escolher um filho, nos termos do artigo 41 do Estatuto da criança e do Adolescente (ECA), *in verbis*: “a adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL. 2019, online).

Além desse conceito posto na legislação pátria, doutrinadores e estudiosos, tais como, Maria Helena Diniz, Clovis Beviláqua, Pontes de Miranda, dentre outros, conceituaram a adoção conforme o seu entendimento, tendo em consideração a evolução do instituto.

A adoção pode ser entendida como um ato jurídico pelo qual é possível criar relações análogos aos da filiação biológica ou da filiação consanguínea, em outras palavras, a adoção torna o adotando em um filho, inclusive com todos os direitos e os deveres recíprocos (BEVILAQUA, 1976).

Clovis Beviláqua (1976, p. 351) aduz que a adoção é “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Entretanto, essa definição está longe da perfeição, uma vez que a palavra “aceitar” não reflete o comportamento da relação em tela.

Munir Cury (2010, p. 190) também salientou que a adoção é o ato em que o adotante traz o adotado para a sua família, como um filho, ou ainda “a adoção sendo o meio no qual atribui a condição de filho ao adotado, ocorrendo total e completo desligamento do adotado com o seu vínculo familiar anterior, salvo no caso de impedimentos matrimoniais”.

No que concerte ao aspecto subjetivo, Washington de Barros Monteiro (2004, p. 336) conceituou a adoção como um “instituto de caráter humanitário que constitui válvulas preciosas para casamentos estéreis, dando-lhes os filhos que a natureza os negara, refletindo no amparo de criaturas oriundas de pais desconhecidos ou sem recursos”.

Pontes de Miranda (2001, p. 217) também afirmou que a “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotando relação fictícia de paternidade e filiação”. Maria Helena Diniz (2011, p. 416), nesse mesmo sentido, afirmou que a “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 656) também corroboram ao mencionar que a adoção pode ser conceituada como “um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.

É importante ressaltar a adoção entre parentes, pois essa é uma modalidade que tem amparo legal, inclusive, a idade do adotado é irrelevante, assim como o grau de parentesco.

Outrossim, o artigo 227, § 6^o, da Constituição Federal, veda qualquer tipo de comportamento ou referências discriminatórias perante a adoção, garantindo aos filhos, sejam eles biológicos, quanto aqueles por força da adoção, as mesmas qualificações e os mesmos direitos.

Discorre a Constituição Federal, em seu artigo 227, caput sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, o qual deverá ser

¹ § 6^o 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. (BRASIL, 1988, online).

observado pelo adotante, devendo este oferecer um ambiente familiar adequado para o bom desenvolvimento da criança que, por algum motivo, foi privada de sua família biológica. Os casais ou pessoas pretendentes à adoção precisam ter ciência da responsabilidade e da complexidade desse ato. A decisão de adotar uma criança ou adolescente é muito importante e deve ser analisada com muita seriedade pelo adotante, pois adotar é reconhecer no filho gerado por outro, o próprio filho; é inserir uma criança em uma família, de forma definitiva e com todos os vínculos próprios da filiação e, principalmente, porque o ato de adotar é irrevogável, isto é, não pode ser alterado. (OLIVEIRA, 2011, p. 14)

A Constituição Federal de 1988, que o legislador garantiu a criança e ao adolescente proteção integral, como um princípio regulador das relações familiares, bem como um dever da própria família, sendo assegurado também através da sociedade e do Estado. Observa-se:

Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, além dos deveres previstos no artigo 227 do já mencionado diploma legal, verifica-se que se estabeleceu a todos o dever de proteção a criança e ao adolescente e assegurar os direitos humanos fundamentais, como: a vida, a saúde, a educação, o lazer, a alimentação, entre outros.

Desse modo, nota-se que o adotado é inserido em uma nova família, além de deixar para trás alguns vínculos com a sua família biológica, salvo os impedimentos matrimoniais.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Código Civil, instituído pela Lei nº 3.071, de 1916, foi o diploma legal que sistematizou a adoção. Salienta-se que foi regulamentado pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 368², que poderiam usufruir do instituto da adoção apenas os maiores de 50 (cinquenta) anos, desde que não tivessem prole legítima, além da adoção ser realizada por meio de escritura pública.

² Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar. (BRASIL, 1916, online).

Verifica-se que as imposições feitas pelo legislador desestimulavam a prática desse instituto, ainda mais pela idade exigida para adotar, “eis que os maiores de 50 anos, geralmente não mais se interessavam pela adoção de crianças, pois não tinham tempo, nem disposição para assumirem os deveres de pais” (RODRIGUES, 2008, p. 336).

Destarte, o Código Civil de 1916, trazia em suas normas uma evidente discriminação quanto aos filhos adotivos na questão sucessória. Demonstrando claramente a desigualdade jurídica dos filhos legítimos e os adotivos. Posto isto, com o surgimento da Lei 3.133, de 1957, alterou importantes às regras do Código Civil de 1916.

Exemplo disso, foi a modificação do artigo 368 do Código Civil de 1916, alterando a idade mínima para 30 (trinta) anos, além de também não mais exigir que os interessados na adoção fossem pessoas sem prole legítima ou legitimada, in verbis: “Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar” (BRASIL, 1957, online).

Nesse interím, Silvio Rodrigues (2008, p. 337) corrobora:

Que foi esse diploma que passou a considerar a adoção sob o prisma assistencial, tendo em mira a condição do adotado, representando na realidade, uma nova adoção, distante daquela prevista pelo legislador anteriormente, modificando a redação no que tange ao instituto da adoção, passando assim a ter caráter assistencialista.

Essas modificações demonstraram uma intenção do legislador em um incentivar à prática do instituto da adoção, como já mencionado, a idade mínima para adotar foi significativamente diminuída. Assim, a diferença etária do adotante e do adotado “passou a ser de dezesseis anos de idade, com ou sem prole legítima ou ilegítima, e não mais de dezoito anos e sem prole, como no Código anterior que dispunha que quando o adotante possuía filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos” (RODRIGUES, 2008, p. 337).

Ademais, outra modificação importante estabelecida pela Lei 3.133 foi o “fato de se exigir, explicitamente, o consentimento do adotado e, no caso de incapaz ou nascituro, de seu representante legal. E ainda dispunha que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, salvo se fossem marido e mulher” (NADER, 2011, p. 326). Esse instituto foi mantido no Código Civil de 2002, “que se reporta também a

união estável, como também mantida no tocante a adoção por somente um membro do casal” (NADER, 2011, p. 326).

Entretanto, é importante mencionar que esse posicionamento não foi muito benéfico, uma vez que o cônjuge inseria um estranho na sua família, não havia evidências de que o outro consorte estava favorável a essa decisão e ainda que se oponha a adoção era concretizada.

Os laços dessa adoção “eram no sentido de imitação da família biológica, mantendo o parentesco, podendo manter o nome primitivo, permanecendo também com a obrigação de alimentos com relação aos pais biológicos” (NADER 2011, p. 326).

Quanto a extinção bilateral do instituto da adoção também se consumava por meio de escritura pública. Outra norma que modificou o cenário da adoção no Brasil foi a Lei 4.665, de 1965, que acabou criando a denominada “legitimação adotiva”, na qual era estabelecido um profundo vínculo entre adotado e adotante, muito similar aos vínculos da família biológica.

No entanto, por mais que esses vínculos tenham se assemelhado aos vínculos biológicos, ainda havia uma limitação no que concerne à sucessão hereditária. Veja-se:

Art. 9º O legitimado adotiva tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção.

§ 1º O vínculo da adoção se estende à família dos legitimantes, quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou.

§ 2º Com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos, da relação parentesco do adotado com a família de origem. (BRASIL, 1965, online)

A importante mudança em relação a sucessão hereditária, veio com a Constituição Federal que fez a equiparação dos filhos, sejam eles naturais ou adotados, para todos os fins. Observa-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 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. (BRASIL, 1988, online)

Ressalta-se que a Lei nº 6.697 de 1979, conhecida como o Código de Menores, acabou substituindo a denominada legitimação adotiva pela adoção plena³, portanto, por um período de tempo acabou existindo dois tipos de adoção, sendo a adoção plena e a adoção simples.

Silvio Rodrigues (2008, p. 338) aduz que “dá-se a adoção simples um parentesco civil entre adotante e adotado, não se apagando jamais os indícios da formação desse parentesco (adoção propriamente dita)”.

No tocante da adoção plena, é importante mencionar que a relação entre adotado e adotante, ou seja, como já mencionado rompe-se totalmente o vínculo com o parentesco natural. Mas, o Código de Menores, introduziu a adoção plena, onde o filho adotivo era como se fosse um filho legítimo e, assim como os seus “descendentes, integravam plenamente a família do adotante e seus parentes. Entre outras disposições, deveria haver a extinção do parentesco entre o adotado e seus ascendentes biológicos e, como uma das principais características desse instituto”, além da irrevogabilidade do próprio vínculo da adoção (DINIZ, 2002, p. 423).

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente também trouxe inúmeras modificações relevantes para esse instituto, especialmente nas adoções de menores de 18 (dezoito) anos, salienta-se que passou a não existir mais a adoção plena ou a adoção simples, já que passou a existir apenas as adoções plenas.

É importante mencionar que o Código de Menores era apenas aplicado aos menores que ainda se encontravam em uma situação irregular, pois nessa situação a criança e o adolescente está privado das condições essenciais à sua própria subsistência, instrução obrigatórias e saúde.

Maria Helena Diniz (2002, p. 425), aduz que entende-se por adoção plena:

A adoção plena traduz-se numa espécie de adoção, em que o menor adotado passa a ser irrevogavelmente para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e

³ A adoção denominada adoção plena foi instituída através da Lei de Legitimação adotiva e do [código de menores](#). A adoção plena é era um instituto, no qual o adotado é tido como filho do adotante e os vínculos se estendem para a família do adotante, como se o indivíduo fosse filho biológico do adotante. O adotado perde todas as ligações com a sua família consanguínea com exceção dos impedimentos matrimoniais conforme mencionado anteriormente, todavia, apenas o menor em “situação irregular”, poderia usufruir dessa modalidade de adoção. ([SCHLOSSARECKE](#), 2016, online)

parentes, salvo em caso de impedimentos matrimoniais. Sendo a função específica da adoção plena compreendida em duplo efeito: por um lado integra completamente o adotado como filho do adotante, na família deste; por outro lado extingue para o futuro as relações de parentesco entre o adotado e sua família originária.

Destarte, outra inovação que o Código de Menores trouxe foi justamente a situação da irrevogabilidade do instituto da adoção plena que, afirmava que em relação à sucessão, o filho adotivo dispunha dos mesmos direitos iguais aos desfrutados pelos filhos biológicos.

Quanto à adoção simples, “a qual não conferia ao adotado quaisquer direitos alimentícios ou sucessórios em face dos parentes dos adotantes e vice e versa, a regra de sucessão era a mesma da Lei 3.133/57” (VENOSA, 2011, p. 272).

Com o advento da Lei 8.069 de 13 de junho de 1990, a regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como escopo a proteção integral e efetiva da criança e do adolescente na sua totalidade, diferentemente do Código de Menores que assegurava a proteção apenas para aqueles menores em situação irregular (VENOSA, 2011).

Ademais, no Estatuto da Criança e do Adolescente, “a idade mínima para adotar é de dezoito anos, com a diferença etária entre adotante e adotando de dezesseis anos de idade” (VENOSA, 2011, p. 272).

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem a sua base na Constituição Federal de 1988, portanto equiparou-se os direitos e deveres aos filhos adotivos aqueles já assegurados aos filhos naturais, é importante destacar o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, asseverado no artigo 227, parágrafo 6º da Carta Magna. Da mesma maneira que foi garantido à criança e ao adolescente, além do direito à convivência familiar e também à integração da criança e do adolescente na família do adotante.

Por fim, tem-se o Código Civil de 2002, alterou à idade que se alcança a maioridade civil no Brasil, conforme estabelecido no artigo 5º⁴, do já mencionado diploma legal. Dessa forma, a maioridade civil antes alcançada apenas com 21 (vinte e um) anos, passa para os 18 (dezoito) anos de idade. Assim, a idade mínima do adotante sofre modificação também, passando a ser de 18 (dezoito) anos.

⁴ Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. (BRASIL, 2002, online)

1.3 A ADOÇÃO NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO ATUAL

Nesse tópico, será apresentado o instituto da adoção sob a atual ótica jurídica brasileira, conseqüentemente será abordado sobre a adoção e a sua ampliação, demonstrando como esse instituto reflete em outros dispositivos legais, conforme a legislação vigente.

1.3.1 A adoção e a Constituição Federal de 1988

A adoção é reconhecida pela Constituição Federal de 1988. Nesse interím, ressalta-se que o artigo 6⁵, da Carta Magna, que ao assegurar os direitos sociais, refere-se também a maternidade, assim como a infância explicitamente abrange todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais assegurados a criança e ao adolescente.

Na concepção de Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 282) a Constituição Federal “contém vários preceitos que direcionam a ordem penal, civil e processual, assim como aqueles direitos e garantias de qualquer pessoa e, particularmente, de crianças e adolescentes”.

A Carta Magna de 1988 também é o marco inicial de um novo tratamento destinado à criança e ao adolescente, tendo como fundamento o artigo 227, que ratifica o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Assim como o artigo 226⁶, assegurou a proteção da família pelo próprio Estado e, especialmente no parágrafo terceiro desse artigo⁷, que reconheceu a “união estável entre pessoas de sexos diferentes como entidade familiar e,

⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (BRASIL, 1988, online)

⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 1988, online)

⁷ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988, online)

disposição essa que beneficiou, com o instituto da adoção, as pessoas unidas com ânimo de formarem família aumentando a prole” (OLIVEIRA, 2011, p. 17).

Dessa maneira, para garantir a efetiva proteção e aplicação das normas e princípios pressupostos na Constituição Federal, pode-se destacar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e Adolescente, o qual será retratado em tópico posterior.

Em suma, a Constituição Federal positivou direitos inerentes à área da infância e da juventude, inclusive dentre eles a equiparação entre os filhos adotivos e os biológicos, norma prevista no artigo 227, parágrafo 6º, isto é, é vedada qualquer discriminação relacionada à filiação.

1.3.2 A adoção à luz do Código Civil

No Código Civil, o instituto da adoção é previsto no artigo 1.596, in verbis: “art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002, online).

Além disso, o Código Civil em um primeiro momento já se refere na competência do Estatuto da Criança e do Adolescente para a adoção de crianças e adolescentes, em seu artigo 1.618⁸, e em um segundo momento, esse diploma legal trata sobre a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos, que deverá ser assistida pelo Ministério Público, assim como dependera de uma sentença constitutiva, estando também reguladas pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme artigo 1.619⁹. Ademais, os artigos 1620 a 1629 do Código Civil foram revogados pela Lei da adoção nº 12.010 de 2009.

O Novo Código Civil, Lei nº 10.406, de janeiro de 2002, abrange a matéria de direito à convivência familiar e direitos relativos à criança e adolescente, como o direito da adoção, contido no Direito de Família, que advém do Direito Civil. Uma outra modificação, advinda do Código Civil de 2002, foi

⁸ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002, online)

⁹ Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da [Lei n o 8.069, de 13 de julho de 1990](#) - Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 2002, online)

com relação à diminuição do limite etário da capacidade civil que, de acordo com o artigo 5º que de vinte e um anos de idade passou a ser de dezoito anos. A diminuição da faixa etária para a aquisição da capacidade civil acarretou também a mudança na idade mínima do adotante, passando a ser igualmente de 18 anos a idade mínima para o adotante. (OLIVEIRA, 2011, p. 18)

Na concepção de Diniz (2002, p. 431), “isto é assim porque a adoção produz efeitos de ordem pessoal e patrimonial, criando direitos e obrigações recíprocas, daí exigir da lei a anuência do adotado ou de quem o represente, uma vez que ninguém pode passar a ser filho de outrem sem o querer”. Dessa maneira, será admitida apenas a adoção que estabelecer amparo e proteção para que o adotado tenha assegurado um bom desenvolvimento.

1.3.3 A adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

Inicialmente, cumpre mencionar que não há a possibilidade de abordar o instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente sem antes novamente aludir a Constituição Federal de 1988, ainda mais que a disposição do “Estatuto da Criança e Adolescente sobre a adoção decorre diretamente da Carta Magna, que buscou tratar com muita evolução e dignidade o ser humano, através de normas e princípios fundamentais, com enfoque especial à criança e ao adolescente” (CURY, 2010, p. 190).

Como já mencionado, a Constituição Federal em seu artigo 227 discorre que a criança e o adolescente devem ter direito assegurado à vida, à saúde, à profissionalização, dentre outros inúmeros direitos. Também veda a discriminação entre o filho adotado e o legítimo, sendo assegurado aos filhos adotivos os mesmos direitos, inclusive o uso do patronímico familiar e os mesmos direitos na sucessão hereditária.

Tem-se, desse modo, que tais preceitos tão imprescindíveis e fundamentais para os jovens só seriam de eficaz utilidade se houvesse uma fiscalização sobre o cumprimento dos artigos atinentes aos menores, estando os mesmos previstos na CF. Surge, então, o Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, como meio de garantir os direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Importante ressaltar que, anteriormente ao Estatuto, existiram o Código Melo de Matos, Decreto nº 17.943 de 1927, que classificava os

menores em delinquentes e abandonados e o Código de Menores, Lei nº 6.697/67, que tratava dos menores em situação irregular. (OLIVEIRA, 2011, p. 19)

Dessa forma, o Estatuto da Criança e Adolescente, foi promulgado em 1990, ressalta-se que este é um ramo do direito público, uma vez que trata-se da relação do Estado com a criança e com o adolescente, independentemente da situação em que se encontram.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente funda-se no princípio constitucional da proteção integral da criança e adolescente, consagrado na Carta Magna, observa-se:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990, online)

Dessa maneira, verifica-se que o presente diploma legal visa a proteção integral e efetiva da criança e do adolescente, de forma que todo brasileiro possa ter assegurado o seu pleno desenvolvimento, bem como as exigências físicas e o aprimoramento moral e o aprimoramento religioso também.

Venosa (2011, p. 282) corrobora ao mencionar que toda a criança e adolescente tem o direito de “ser criado e educado no seio de uma família natural ou substituta. O Estatuto da Criança e Adolescente tem como regra que toda a criança e adolescente têm direito à convivência familiar, seja ela em sua família biológica, seja em família substituta”.

À vista disso, nota-se que a criança e o adolescente possui o direito de ser criado e também educado no seio da sua família e, de forma excepcional, em uma família substituta, devendo ser assegurado a convivência familiar e a comunitária,

sendo também regulamentado que deve ser um ambiente livre de fatores que possa prejudicar o seu desenvolvimento.

Com relação a adoção, Cury (2010, p. 195) aduz que “a adoção possui características personalíssima, resultante de uma relação de afinidade e afetividade entre adotante e adotado”.

Outros fatores também são importantes para que o ambiente seja ideal para a criança e para o adolescente adotados. Veja-se:

A adoção depende da adaptação do adotando a convívio da nova família, dentre outros, que torna indispensável o contato prévio entre eles, permitindo assim a adequada avaliação da situação em concreto pela autoridade judiciária, a partir de um criterioso estudo de caso que deve ser levado a efeito por uma equipe técnica profissional a serviço da justiça da infância e juventude. Tais fatores demonstram que a adoção de crianças e adolescentes não possui um caráter contratual, mas se constitui numa medida de proteção, que deve ser aplicada com cautela e responsabilidade pela autoridade judiciária, tornando completamente inviável a adoção por procuração. (NADER, 2011, p. 342)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também veda a adoção realizada por procuração, pois a adoção é considerada um ato personalíssimo, e por conseguinte não deve ser vista como uma espécie de caridade, ou como uma maneira de “se ter filhos por meios não naturais, mas, sim, como um ato de amor, de doação; desse modo, quem pretende adotar uma criança não poderá ser representado por qualquer procurador, pois não se passa procuração para se efetivar um ato de amor” (NADER, 2011, p. 343).

Munir Cury (2010, p. 197) afirma que com a “adoção, ocorre o total desligamento da família de origem, adquirindo o adotando, a condição de filho daquele núcleo familiar, tendo os mesmos direitos, garantias e deveres do filho biológico”.

Este assunto também é tratado por Venosa (2011, p. 288) “a adoção não somente iguala os direitos sucessórios dos adotivos como também estabelece reciprocidade do direito hereditário entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4 grau”.

Neste entendimento Munir Cury (2010, p. 204), discorre sobre a “possibilidade de adoção por adotante que venha a falecer no curso do processo: é conhecida

como adoção póstuma em que o adotante venha a falecer no curso do procedimento”.

A rigor, depende do ajuizamento da ação de adoção anteriormente ao óbito do adotante o deferimento da adoção póstuma, essa norma pretende preservar o direito sucessório do próprio adotado.

Nas palavras de Silvio Venosa (2011, p. 290): “a adoção pode ser deferida após o falecimento do adotante, cujo seu procedimento se deu em vida. Somente o fato de o adotante ter requerido a guarda, já atende a exigência legal, cabendo ao juiz analisar sua conveniência”.

O Estatuto da Criança e Adolescente, em analogia com o Código Civil, de 2002, firma que a adoção só poderá ser deferida se trouxer vantagens reais para a figura do adotado. Nader (2011, p. 326) afirma que “o requisito fundamental para a adoção é que ofereça as condições necessárias ao pleno desenvolvimento, material e moral, do filho adotivo”.

Por consequência, deve-se ter como um pressuposto da adoção a análise do benefício da figura do adotando, ou seja, esse benefício se referente a possibilidade do seu desenvolvimento, além do equilíbrio emocional e todos os fatores necessários para que a criança e o adolescente alcancem uma vida saudável.

Hoje em dia há a necessidade de incentivar em nosso país a procura pela adoção como meio alternativo de filiação. A adoção deve-se fundar em motivos legítimos, ou seja, não deve, por exemplo, ser deferido um pedido de adoção como se fosse um pagamento de promessa, ou para a obtenção de quaisquer vantagens, tanto para os genitores como para terceiros intermediários. Um importante assunto abordado no ECA prediz que a adoção é irrevogável.

Concedida a adoção e transitada em julgado a referida decisão, ocorre a imutabilidade do ato. A adoção não poderá ser revogada, nem por acordo entre as partes, nem por outra decisão judicial, salvo nos casos em que a sentença que concedeu a adoção estiver eivada de algum vício. Isso porque a adoção é o único meio de inserir uma criança em um segundo lar, que seria o dos pais substitutos, conferindo à criança a qualidade de filho dos mesmos.

Caso a adoção fosse tratada de maneira mais maleável, os menores adotados não teriam seus direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, observados e respeitados de maneira digna, ainda porque conceder à uma criança o direito de ter uma família e depois retirá-la da mesma, lhe acarretaria prejuízos em seus aspectos psicológicos e emocionais. (OLIVEIRA, 2011, p. 22)

Isto posto, verifica-se como é importante mencionar que, se adotantes a qualquer tempo passarem a descumprir os deveres que foram a eles conferidos durante a adoção, os direitos e os deveres concernentes ao pátrio poder serão perdidos, podendo ocorrer por um processo de destituição, da mesma maneira que ocorreria com uma família biológica, o poder familiar é destituído, e, em tese, a destituição do pátrio poder não seria a mesma coisa que a revogação da adoção.

2 FILHO ADOTIVO E O HOMÍCIDO FUNCIONAL

Nota-se que o Brasil é refém da violência e do medo, trazendo uma realidade de insegurança, em especial para os agentes de segurança que estão lidando diariamente com um perigo incontestável. Salieta-se que são justamente os responsáveis por proteger a própria população que são expostos a diversos perigos não apenas no exercício de suas funções, como em suas vidas pessoais, além disso, essa insegurança acaba atingindo muito mais que os próprios agentes, como as pessoas que convivem com os mesmos, uma vez que em razão do emprego, por vezes, também sofrem ameaças a seus parentes e cônjuges.

Portanto, nesse capítulo será analisado o crime específico de homicídio funcional que é tipificado como um homicídio qualificado, estabelecido no artigo 121, § 2º, inciso VII, do Código Penal..

2.1 HOMICÍDIO

Inicialmente, é necessário mencionar que o crime de homicídio está normativamente previsto na estrutura penal, que essencialmente estabelece a preservação da vida. Dessa maneira, os “crimes contra a vida são divididos em dois grupos: os crimes de dano e os crimes de perigo. O homicídio é um crime de dano e está previsto no artigo 121 do Código Penal, a representar a eliminação da vida de um ser humano praticada por outro” (BITENCOURT, 2001, p. 27).

Nesse sentido, o homicídio pode ser definido como a morte de um indivíduo provocada por outro indivíduo. Para uma conceituação mais eficaz, Nelson Hungria e Heleno Fragoso (1979, p. 27) ensinam:

Como dizia Impallomeni, todos os direitos partem do direito de viver, pelo que, numa ordem lógica, o primeiro dos bens é o bem vida. O homicídio tem a primazia entre os crimes mais graves, pois é o atentado contra a fonte mesma da ordem e segurança geral, sabendo-se que todos os bens públicos e privados, todas as instituições se fundam sobre o respeito à existência dos indivíduos que compõem o agregado social.

Por conseguinte, o homicídio é o crime que viola o mais valioso bem do homem que é a sua vida. Portanto, é relevãte esclarecer alguns conceitos importantes para esse crime antes de adentrar no homicídio funcional.

Edgard Magalhães Noronha (1994, p. 14) assevera sobre o objeto jurídico nos crimes de homicídio:

Objeto jurídico do crime é o bem jurídico, isto é, o interesse protegido pela norma penal. A disposição dos títulos e capítulos da Parte Especial do Código Penal obedece a um critério que leva em consideração o objeto jurídico do crime, colocando-se em primeiro lugar os bens mais importantes: vida, integridade corporal, honra, patrimônio etc. Desse modo, a Parte Especial do Código Penal é inaugurada com o delito de homicídio, que tem por objeto jurídico a vida humana extra-uterina. O ataque à vida intra-uterina é incriminado pelos tipos de aborto (arts.124 a 126). Discute-se acerca do conceito de vida. É conhecido o aforismo de Galeno “viver é respirar” e por extensão o de Casper “viver é respirar; não ter respirado é não ter vivido”.

No que concerne ao objeto material, em resumo no homicídio o objeto material é justamente a pessoa sobre a qual recai a ação ou omissão, isto é, a pessoa em que recai a conduta. Já no que tange ao sujeito ativo, verifica-se que o crime permite que seja qualquer pessoa, não havendo condições particulares.

Fernando Capez (2007, p. 10) afirma que o “sujeito ativo da conduta típica é o ser humano que pratica a figura típica descrita na lei, isolada ou conjuntamente com outros autores”.

Edgard Magalhães Noronha (1994, p. 15) também corrobora com esse entendimento:

O conceito abrange não só aquele que pratica o núcleo da figura típica (quem mata), como também o partícipe, que é aquele que, sem praticar o verbo (núcleo) do tipo, concorre de algum modo para a produção do resultado; por exemplo: o agente que vigia o local para que os seus comparsas tranqüilamente pratiquem o homicídio, nesse caso sem realizar a conduta principal, ou seja, o verbo (núcleo) da figura típica – matar -, colaborou para que os seus comparsas lograssem do resultado morte.

Dessa maneira, percebe-se que trata-se de crime comum, ou seja, esse crime que poder ser cometido em qualquer momento, por qualquer pessoa, não sendo necessário nenhum especial requisito. Em outras palavras, não se trata de um crime próprio, isto é, que exige alguma especial legitimidade ativa ou até mesmo necessita pluralidade de agentes, apenas nas formas qualificadas do crime, veja-se:

Homicídio simples
Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

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: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

Homicídio culposo

§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio. (Incluído pela Lei nº 12.720, de 2012)

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)

III - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)

IV - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018)

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 3º A pena é duplicada: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Infanticídio

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940, online)

No entanto, verifica-se que o crime de homicídio tem diversas facetas, uma vez que foi necessário o legislador pontuar todas as possíveis formas de praticar tal crime, além disso nota-se que a inovação legislativa da Lei nº 8.930 de 1994, que altera a redação do art. 1º da Lei nº 8.072 de 1990, faz com que o homicídio ser considerado um crime hediondo, desde que praticado por grupo de extermínio.

Assim, a consumação do crime nada mais é do que a última fase do denominado de *iter criminis*¹⁰. Salienta-se que no caso dos crimes materiais, que é o caso do delito de homicídio, portanto, a consumação se dá justamente com a produção do resultado que é a morte, por se tratar de um crime instantâneo e também de permanentes efeitos.

Fernando Capez (2007, p. 19) assevera que o crime é instantâneo já que a consumação “se opera em um dado momento, e de efeitos permanentes na medida em que, uma vez consumado, não há como fazer desaparecer os seus efeitos. A morte é decorrente da cessação do funcionamento cerebral, circulatório e respiratório”.

Nesse sentido, diferenciam-se a morte clínica da morte biológica, o primeiro caso ocorre quando um indivíduo tem a paralisação da sua função respiratória e da cardíaca, já a morte biológica ocorre quando há a paralisação das suas funções cerebrais.

¹⁰ O *iter criminis* é um conjunto de fases que se sucedem para a realização de um crime, que vai desde à cogitação à consumação. Divide-se em duas fases – interna e externa –, que se subdividem: A) fase interna, que ocorre na mente do agente, percorrendo, como regra, as seguintes etapas: a.1) cogitação; a.2) deliberação; a.3) resolução. B) fase externa, que ocorre no momento em que o agente exterioriza, através de atos, seu objetivo criminoso, subdividindo-se em: b.1) manifestação; b.2) preparação. Excepcionalmente, diante da relevância da conduta, o legislador pode criar um tipo especial, prevendo punição para a preparação de certos delitos, embora, nesses casos, exista autonomia do crime consumado. b.3) execução. b.4) consumação. (NUCCI, 2020, p. 56)

No que tange a tentativa do crime de homicídio, disposto no artigo 14, inciso II¹¹, do Código Penal, destaca-se que para que a tentativa seja configurada requer-se o início da execução do delito, é necessário que haja os atos de execução, não apenas os atos preparatórios.

Tratando-se de crime material, o homicídio admite tentativa, que ocorrerá quando, iniciada a execução do homicídio, este não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente. Para a tentativa, é necessário que o crime saia de sua preparatória e comece a ser executado, pois somente quando se inicia a execução é que haverá início de fato típico. O crime percorre quatro etapas (*iter criminis*) até realizar-se integralmente: a) cogitação- nessa fase o agente apenas mentaliza, idealiza, planeja, representa mentalmente a prática do crime; b) preparação- são os atos anteriores necessários ao início da execução, mas que ainda não configuram início de ataque ao bem jurídico, já que o agente ainda não começou a realizar o verbo constante da definição legal (núcleo do tipo); c) execução- aqui o bem jurídico começa a ser atacado. Nessa fase o agente inicia a realização do verbo do tipo e o crime já se torna punível, ao contrário das fases anteriores; d) consumação- todos os elementos que se encontram descritos no tipo penal foram realizados". (CAPEZ, 2007, p. 18)

Verifica-se que o crime possui o denominado de *iter criminis*, conforme já mencionado anteriormente, que é composto pela cogitação, preparação, execução e consumação e a consumação. O Código Penal diferencia várias modalidades do crime de homicídio, sendo elas: o homicídio simples, o homicídio privilegiado, o homicídio qualificado e o homicídio culposo.

Nesse sentido, Guilherme Souza Nucci (2020, p. 57) ressalta que:

Homicídio simples doloso (*caput*): Constitui o tipo básico fundamental, é o que contém os componentes essenciais do crime.

Homicídio privilegiado (§1º): Tendo em conta circunstâncias de caráter subjetivo, o legislador cuidou de dar tratamento diverso ao homicídio cujos motivos determinantes conduziram a uma menor reprovação moral do agente. Para tanto, inseriu essa causa de diminuição de pena, que possui fator de redução estabelecido em quantidade variável (1/6 a 1/3).

Homicídio qualificado (§2º): Em face de certas circunstâncias agravantes que demonstram maior grau de criminalidade da conduta do agente, o legislador criou o tipo qualificado, que nada mais é que um tipo derivado do homicídio simples, como novos limites, mínimo e máximo, de pena (reclusão, de 12 a 30 anos).

Homicídio culposo (§3º): Constitui a modalidade culposa do delito de homicídio. Diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência e imperícia (CP, art. 18, II).

¹¹ "Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente" (BRASIL, 1940, online).

Causa de aumento de pena (§4º): O §4º contém causas de aumento de pena aplicáveis respectivamente às modalidades culposa e dolosa do delito de homicídio.

Por fim, ressalta-se que há dois tipos de homicídio, sendo eles o homicídio doloso, que consiste no ato de matar alguém de maneira intencional e o homicídio culposo, que pode ser caracterizado quando alguém mata outro indivíduo sem intenção, podendo ser por negligência¹², imperícia¹³ ou imprudência¹⁴.

2.2 HOMICIDIO FUNCIONAL

Como já visto *alhures*, a Lei nº 13.142, de 2015, trouxe diversas mudanças no tocante do crime de homicídio, entretanto, antes de adentrar no mérito dessas alterações, Damásio de Jesus (2015, p. 02) menciona algumas mudanças. Veja-se:

A Lei n. 13.142, de 6 de julho de 2015, em seu art. 1º, alterou o Código Penal (CP) para acrescentar ao art. 121, § 2º, mais uma circunstância qualificadora do crime de homicídio (inciso VII), tentado ou consumado. Além disso, previu uma causa de aumento de pena no crime de lesão corporal do art. 129 do CP (art. 2º).

Por fim, tornou hediondos o homicídio, a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte cometidos contra autoridade, policial, cônjuge e parentes, nas condições que os prevê, modificando a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) (art. 3º).

¹² Imprudência: consiste na violação das regras de conduta ensinadas pela excelência. É o atuar sem precaução, precipitado, imponderado. Há sempre um comportamento positivo. É a chamada culpa *in faciendo*. Uma característica fundamental enquanto o agente pratica a conduta comissiva, vai ocorrendo simultaneamente a imprudência. Exemplos: manejar arma carregada, trafegar na contramão, realizar ultrapassagem proibida com veículo automotor (CAPEZ, 2007, p. 66).

¹³ Negligência: é a culpa na sua forma omissiva. Implica, pois, a abstenção de um comportamento que era devido. O negligente deixa de tomar, antes de agir, as cautelas que deveria. Desse modo, ao contrário da imprudência, que ocorre durante a ação, a negligência dá-se sempre antes do início da conduta; por exemplo: age negligentemente a mãe que não retira da mesa, ao redor da qual brincam crianças, veneno em dose letal, vindo uma delas a ingeri-lo e falecer; igualmente age negligentemente quem deixa arma ao alcance de criança vindo esta a morrer posteriormente de intoxicação (CAPEZ, 2007, p. 67).

¹⁴ Imperícia: consiste na falta de conhecimentos técnicos ou habilitação para o exercício de arte ou profissão. É a prática de certa atividade, de modo omissivo (negligente) ou insensato (imprudente), por alguém incapacitado para tanto, quer pela ausência de conhecimento, quer pela falta de prática. Por exemplo: engenheiro que constrói um prédio cujo material é de baixa qualidade, vindo este a desabar e a provocar a morte dos moradores. Observa-se que se a imperícia advier de pessoa que não exerce arte ou profissão, haverá imprudência ou negligência. Por exemplo: atirador de elite que matava a vítima em vez do criminoso. Há aqui uma conduta imperita, pois demonstra a falta de aptidão para o exercício de uma profissão (CAPEZ, 2007, p. 67).

Desse modo, nota-se que o artigo 1º, da Lei nº 13.142 alterou o Código Penal, acrescentando ao artigo 121, § 2º, uma qualificadora ao homicídio em seu inciso VII. Observa-se:

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 3o. Grau, em razão dessa condição. (BRASIL, 1940, online)

Francisco Dirceu Barros (2015, p. 01), afirma que quanto a figura de autoridade que é descrita nesse inciso, “tal terminologia será objeto de muita controvérsia, contudo, entendo que devemos utilizar a interpretação analógica”, que para o mesmo, servirá “para revelar, dentro do próprio texto, o seu verdadeiro alcance e definir com clareza a sua aplicação”.

Além disso, a Lei nº 13.142, de 2015, previu também uma causa de aumento de pena no crime de “lesão corporal do artigo 129 do Código Penal, e por fim, tornou hediondo o homicídio, a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte cometidos contra autoridade, policial, cônjuge e parentes consanguíneos até terceiro grau” (DÁMASIO, 2015, p. 03).

Desse modo, verifica-se que essa lei modificou a Lei dos Crimes Hediondos. Outrossim, a Lei nº 13.142 entrou em vigor na data de 07 de julho de 2015, ressalta-se que essa lei foi reconhecida como irretroativa¹⁵, isto é, por se tratar de uma lei mais gravosa, acabou recebendo a denominação de *novatio legis in pejus*¹⁶, não podendo ser aplicada aos delitos cometidos antes da sua entrada em vigor.

Adiante, é necessário mencionar que essa qualificadora abrange diversas outras funções além das já típicas mencionadas nos artigos 142¹⁷ e 144¹⁸ da

¹⁵ Uma lei nova não pode voltar ao passado, não considerando situações já consolidadas na vigência da lei anterior. Seus dois maiores fundamentos são a segurança e a certeza nas relações jurídicas, devidamente representadas pela integridade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada. (DINIZ, 2011, p. 126)

¹⁶ É a nova lei que, de qualquer modo, prejudica o réu, sendo irretroativa, devendo ser aplicada a lei vigente quando do tempo do crime. Trata-se de observância da lei ao princípio da anterioridade, corolário do princípio da legalidade. (CUNHA, 2020, p. 210)

¹⁷ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Constituição Federal, asseveram que podem ser agentes passivos do homicídio funcional, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Tribunais Superiores, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os Magistrados federais e estaduais, os membros do Ministério Público da União e os Membros dos Ministérios Públicos dos Estados quando estes formem vítimas em razão do exercício de suas funções ou em decorrência dela, assim como os seus respectivos cônjuges, companheiros ou até mesmo parentes consanguíneos, desde que até o seu terceiro grau.

Ademais, Rogério Sanches Cunha (2017) dispõe sobre outro grupo que acaba sendo inserido pela já referida lei, que diz respeito aos cônjuges, aos companheiros ou aos parentes consanguíneos, desde que até terceiro grau. Nota-se, portanto, que os parentescos civis, tais como os filhos adotivos e também o parentesco por afinidade não estão amparados pela presente norma.

Como já mencionado, a presente pesquisa destaca os sujeitos passivos desse crime, que pela norma são: o cônjuge, o companheiro ou os parentes consanguíneos até terceiro grau, isto é, no caso dos ascendentes são os pais, os avôs e os bisavôs; já no caso dos descendentes, estes são os filhos, os netos e os bisnetos; por fim, os colaterais até o terceiro grau seriam os tios, os irmãos e os sobrinhos.

À vista disso, Damásio Evangelista de Jesus (2015, online) aduz:

É necessário que a vítima, no momento do crime, esteja no exercício da função ou o fato tenha sido cometido em decorrência dela ou em razão dessa condição. Exs.: 1º - matar policial da ativa por ter sido prejudicado por ele. 2º – matar policial reformado ou da reserva em decorrência do anterior exercício da função (CF, art.142, § 3o, I).

Creemos que no caso de morte do cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo de agente público já reformado ou aposentado incide a qualificadora em face da circunstância “em razão dessa condição” (parte final do inciso VII). Acreditamos também que incide a qualificadora quando o crime é cometido, depois da morte do agente público, contra cônjuge ou parente dele em razão do anterior exercício da função. Essas circunstâncias devem ser abrangidas pelo conhecimento do autor.

¹⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

Verifica-se que o legislador exclui o filho adotivo e os parentes por afinidade do rol de vítimas do homicídio funcional, dando origem a um conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da igualdade, além de estimular pensamentos distintos entre doutrinadores brasileiros.

Entretanto, apesar da incansável essa discussão, “ainda não houve consenso se os filhos não consanguíneos devem ser considerados vítimas do homicídio funcional ou apenas vítimas de homicídio simples. E certamente não haverá” (JESUS, 2015, online).

No que concerne à outras especificidades, Rogério Sanches Cunha (2017, p. 354) pondera que os casos de homicídio funcional:

Nos três casos, a qualificadora pressupõe que o crime tenha sido cometido contra o agente no exercício da função ou em decorrência dela. Suponhamos que um policial, no seu dia de folga, encontra-se num bar assistindo a transmissão de uma partida de futebol disputada pelo seu time. Quando vibra com a vitória da sua equipe, um torcedor fanático do time derrotado, sabendo que se trata de um policial, saca uma arma de fogo e contra ele desfere 5 disparos, que causam a morte do policial. Percebam que o homicida matou um policial, agente de segurança, condição esta conhecida do executor. Contudo, no exemplo proposto, o crime não foi cometido estando a vítima em serviço, nem sequer tem nexos com a sua função. Incidirão, no caso, outras qualificadoras (motivo fútil e recurso que dificultou a defesa do ofendido), mas não a do inc. VII.

Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 257) afirma em contrapartida que não poderão constituir o polo passivo do crime de homicídio funcional os servidores “que deixaram de ostentar a função de autoridade, ou seja, os servidores aposentados, pois o tipo penal não abrange essa hipótese, visto que, o indivíduo aposentado deixa de ser o agente de órgão de segurança pública ou autoridade”.

Esse autor justifica esse posicionamento ao assegurar que é justamente para evitar uma interpretação analógica ou até mesmo extensiva de matéria penal repressiva, isto é, não estão englobados pela norma penal nova, pela falta de previsão expressa em seu texto legal.

Entretanto, nota-se que de forma excepcional, o servidor aposentado poderá também ser atingido pela proteção penal dessa qualificadora, tendo em vista que esse dispositivo penal assevera que o homicídio funcional é cometido “no exercício da função ou em razão dela”. Observa-se que “se mesmo após estiver aposentado um ex-integrante de órgão da segurança pública sofrer retaliação devido à sua

atuação funcional por motivo de vingança, não há como deixar de aplicar a qualificadora em estudo” (BITENCOURT, 2018, p. 257).

Portanto, ainda que o crime de homicídio não tenha sido realizado durante o exercício da função do indivíduo, foi em razão da função que uma vez esse indivíduo exerceu, e por esse motivo é inadmissível negar a relação presente entre a causalidade do crime e a qualificadora do artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal mesmo que a aposentadoria seja uma realidade.

2.2.1 Proteção da Função

Esse tópico é de extrema importância para a presente pesquisa, uma vez que é necessário entender a fundo a intenção da legislação com a criação da qualificadora do homicídio funcional. Para tanto, é necessário analisar primeiramente o seu contexto.

Dessa maneira, a relevância do presente tema pode ser evidenciada através das estatísticas, assim a Agência Brasil (2020) afirmou que de janeiro a julho de 2018, 74 (setenta e quatro) agentes de segurança morreram no estado do Rio de Janeiro. Além disso, foram assassinados 60 (sessenta) policiais militares, 05 (cinco) policiais civis 03 (três) agentes penitenciários, 03 (três) militares do Exército, 01 (um) guarda municipal, 01 (um) policial federal e 01 (um) sargento da Marinha.

A maioria dos policiais mortos de forma violenta no estado do Rio de Janeiro, entre 2016 e 2020, estava de folga. No total, em todo o estado, 506 policiais foram mortos, sendo 148 em serviço, entre eles, 133 militares e 15 civis; e 358 em folga, dos quais 331 eram militares e 27 civis.

Os dados fazem parte do estudo Vitimização Policial no Estado do Rio de Janeiro: Panorama dos Últimos Cinco Anos (2016-2020), produzido pelo Instituto de Segurança Pública (ISP) do Rio de Janeiro e que faz parte da série Textos para Discussão, divulgada este mês.

O levantamento mostra ainda que cerca de um terço das mortes de policiais ocorreu em até 500 metros de uma área sob foco especial, que são uma combinação dos aglomerados subnormais indicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e das áreas de comunidade informadas pelo Instituto Pereira Passos (IPP). Conforme o IBGE, os aglomerados subnormais são “uma forma de ocupação irregular de terrenos de propriedade alheia, públicos ou privados, para fins de habitação em áreas urbanas e, em geral, caracterizados por um padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação”. (AGÊNCIA BRASIL, 2020, online)

Essa não é uma realidade das cidades cariocas, mas do Brasil, a Tribuna do Ceará (2018, online), afirmou que entre os anos de 2016 e 2017, 51 (cinquenta e um) agentes de segurança foram vítimas de homicídio funcional apenas no estado do Ceará.

Desse modo, com a Lei 13.142 transformou o homicídio já previsto no artigo 121 do Código Penal no homicídio funcional, como intuito de inibir a incidência desse crime aos agentes de segurança no exercício da função ou em razão da função.

3 ANÁLISE DA CONSITUCIONALIDADE DO HOMICÍDIO FUNCIONAL

O presente capítulo tem como escopo averiguar justamente a constitucionalidade do artigo 121, §2º, VII do Código Penal, que é intitulado como Homicídio Funcional, entretanto, uma vez que essa qualificadora exclui a aplicação ao filho adotivo.

Desse modo, será analisado a possível inconstitucionalidade material e formal do homicídio funcional, além de constatar todos os argumentos contrários e favoráveis à sua aplicação, bem como a compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro, assim como as principais consequências da sua aplicação no Brasil.

3.1 OS FAMILIARES MENCIONADOS NO ARTIGO 121, § 2º, VII, DO CÓDIGO PENAL

Ab initio, o artigo 1.595 do Código Civil trouxe a expressão “parentesco por afinidade”, que “este parentesco é a forma dos laços conjugais tanto do casamento como da união estável entre os cônjuges e companheiros e os parentes do outro consorte” (GONÇALVES, 2018, p. 126). Observa-se:

Artigo 1.595, Código Civil. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

A qualificadora do homicídio funcional foi clara ao limitar como vítima desse crime apenas os parentes consanguíneos, desde que até terceiro grau, simultaneamente com o cônjuge e com o companheiro. Por consequência, também não estão incluídos aos parentes que o indivíduo adquire na decorrência de um possível casamento ou até mesmo união estável, como por exemplo os cunhados, noras, genros, sogros, entre outros. No entanto, nada inibe que se possa ser incidido outra qualificadora.

Como mencionado anteriormente a finalidade dessa qualificadora é a proteção integral ao núcleo familiar daqueles indivíduos que são agentes de segurança pública, contudo a delimitação aos sujeitos passivos não deve ser

analisada restritamente sob a ótica da sua finalidade, não devendo ser apenas confrontada com os princípios fundamentais do Direito Penal, mas também com os princípios constitucionais.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 78) aduz que esse dispositivo “traz em sua redação a possibilidade de sua aplicação quando os crimes, da qualificadora em apreço forem praticados contra o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo do agente de segurança pública”, ampliando essa suposta proteção “aos parentes mais próximos dos agentes de segurança, que estando na linha de frente do combate ao crime, estão mais vulneráveis à prática de delitos, especialmente contra a vida e a integridade física”.

Salienta-se que o cônjuge é aquele indivíduo que mediante o seu casamento civil acaba constituindo uma sociedade conjugal, conforme artigo 226 da Constituição Federal¹⁹, que dita também que a família tem proteção integral do Estado, que foi justamente a inspiração da legislação ora em análise.

Quanto a união estável, a Constituição Federal assegura que deve ter semelhante tratamento ao dispensado ao casamento, podendo ser entendida pela legislação civil brasileira como a união contínua, pública e duradoura, tendo por finalidade constituir uma família.

Além disso, o artigo 121, §2º, VII do Código Penal, aumenta a qualificadora do homicídio funcional para que o crime praticado contra o cônjuge, o companheiro ou o parente consanguíneo até terceiro grau dos agentes e integrantes da segurança pública.

Cezar Roberto Bitencourt (2018) faz uma ressalva importante a respeito dos relacionamentos heteroafetivos e homoafetivos, uma vez que quando o texto legal menciona o cônjuge ou o companheiro dos agentes de segurança estão inclusos todos os relacionamentos.

Nota-se que a opção do legislador “foi pela linha de parentesco mais próxima do agente de segurança pública, sendo aplicada a Lei 13.142/2015 em relação ao cônjuge, em razão da convivência e proximidade, que faz com estes possam ser

¹⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. (BRASIL, 1988, online)

alvos da ação delituosa”, portanto, verifica-se que o legislador tomou o cuidado de englobar o companheiro expressamente, no intuito de evitar alguma possível distinção entre o casamento e a união estável (BITENCOURT, 2018, p. 254).

No que concerne ao termo “parentes consanguíneos de até terceiro grau” este acaba englobando os ascendentes, descendentes e até mesmo colaterais até o terceiro grau. Em suma, estão abrangidos pela qualificadora do homicídio funcional os “pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, irmãos, tios e sobrinhos biológicos lembrando que até o terceiro grau” (BITENCOURT, 2018, p. 255).

Dessa maneira, verifica-se que todos estes indivíduos podem ser vítimas do homicídio qualificado, isto é, do homicídio funcional desde que seja vinculado e comprovado que a motivação do crime foi o exercício da função ou em razão da mesma do agente público.

3.2 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA EM RELAÇÃO AO PARENTESCO CIVIL

O inciso artigo 121, §2º, VII, do Código Penal assegura que os “parentes consanguíneos até terceiro grau” poderão ser vítimas do homicídio funcional, que “abrange os ascendentes, descendentes e colaterais, lembrando, até o terceiro grau. Temos aqui uma relação de parentesco consanguíneo, esta que não se confunde com a filiação civil que enseja a filiação adotiva, o objetivo desta pesquisa” (GRECO, 2010, p. 192). Dessa maneira, nota-se que o filho adotivo não se molda-se na qualificadora analisada pela presente pesquisa.

Ademais, o Código Civil, no artigo 1.593 menciona o parentesco civil, uma vez que assegura que o parentesco pode ser constituído de forma natural ou civil, ou seja, seja por consanguinidade ou por meio de outra origem.

Rogério Greco (2010, p. 192) afirma que apesar do dispositivo ser posterior a Constituição Federal, a sua definição “não se adequa ao disposto na Carta Maior, que proíbe quaisquer distinções relativas à filiação em seu artigo 227, §6º”.

Dessa maneira, verifica-se que na Constituição Federal os filhos são todos iguais, não havendo distinções entre os naturais ou adotivos, sendo assim, o questionamento da presente pesquisa é como o Código Penal, uma lei infraconstitucional, faz esta distinção?

Artigo 1.593 do Código Civil. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. (BRASIL, 2002, online)

Artigo 227 da Constituição da República. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 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. (BRASIL, 1988, online)

Entretanto, para analisar esse problema, é necessário primeiro averiguar a história legislativa da Lei nº 13.142, de 2015, enquanto ainda Projeto de Lei nº 846, de 2015.

3.3 A HISTÓRIA LEGISLATIVA DA LEI Nº13.142/15

Ressalta-se que é relevante verificar a história legislativa, tendo em vista que essa é uma ferramenta para investigar não apenas sobre a criação das leis e normas brasileiras, mas é por meio dessa pesquisa que é viável analisar as ações que governantes influenciaram a criação.

Nesse sentido, esse tópico irá analisar o projeto de lei e as modificações que a Lei nº 13.142 de 2015 passou até chegar ao que é hoje em dia.

3.3.1 DO PROJETO DE LEI NÚMERO 846 DE 2015 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

O Projeto de Lei nº 846 de 2015 foi apresentado no dia 19 de março de 2015 pelos Deputados Leonardo Picciani (PMDB/RJ) e Carlos Sampaio (PSDB/SP), tendo como fundamento a violência brutal que esses agentes de segurança sofrem. Veja-se:

Os atos de execução contra policiais que atuam no fronte ao combate à criminalidade em defesa do Estado, foi o estopim para a criação de uma qualificadora inserida no Código Penal em 2015. Vários Projetos de Lei que visavam a alterar o artigo 121 do diploma Penal foram propostos tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, todos buscando o mesmo objetivo: aumento de pena para os crimes contra autoridade e agente de segurança pública. Sendo assim, este tema não se trata de novidade legislativa, apenas na Câmara dos Deputados, tramitaram 41

projetos tratando da mesma matéria, porém sem êxito. (NEVES; MOREIRA, 2021, p. 126)

Outrossim, nota-se que o tema começou a ser averiguado em 2008 como uma maneira de responder à sociedade. Contudo, as mudanças ocorreram apenas com o Projeto de Lei nº 846 de 2015, isto é, demorou sete anos a intenção em alterar o artigo 121 do Código Penal.

A Lei 13.142, publicada em 06 de julho de 2015, de autoria da Câmara dos Deputados, visava em seu Projeto de Lei adicionar um parágrafo ao artigo 121 do Código Penal com o objetivo de criar uma causa de aumento de pena para aqueles crimes cometidos contra agentes de segurança pública, sob a seguinte justificativa:

Com respeito aos princípios de individualização da pena, em tempos em que se almeja o efetivo combate ao crime organizado e a punição eficaz dos criminosos, urge penalizar com mais rigor, pessoas que cometem homicídio consumado o tentado, na forma simples ou qualificada, se o crime for praticado contra autoridade e agente de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal, com o cristalino escopo Estatal de tentar prevenir ou diminuir a prática do crime contra profissionais que atuam na front no combate à criminalidade.

Como se sabe, o país tem vivido uma escalada no número de ações de quadrilhas que se valem do uso de explosivos para subtrair os valores guardados em terminais de autoatendimento de instituições financeiras (os populares caixas eletrônicos ou caixas 24 horas), bem como de roubos a empresas, terminais de cargas e outros empreendimentos comerciais em que o uso de armamento pesado, restrito, torna a conduta muito mais grave e potencialmente danosa.

Tais crimes revelam o firme propósito de resistência à ação do Estado, com trocas de tiros, com forças de segurança, com emprego de metralhadoras e fuzis por parte dos criminosos, ocasionando mortes de autoridades e agentes de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal.

Seja pelo uso de armamento pesado, restrito (fuzis e metralhadoras), seja pelo emprego de explosivos, ou até mesmo em razão de emboscadas, exige-se, neste momento, reforma da legislação penal.

A criação de causa de aumento de pena para este tipo de crime é crucial para fortalecer o Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o crime, especialmente o organizado, o qual planeja gerar pânico e descontrole social, quando um ator do combate à criminalidade é vítima de homicídio tentado ou consumado.

Ademais, não se trata de hipótese de vincular o crime praticado contra autoridade e agente de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal, quando esses estão no exercício de sua função ou em razão dela, porque a prova deste elemento normativo do tipo pode, muitas vezes, fragilizar o sistema de proteção destas autoridades e agentes que permanentemente carregam o ônus de representa o Estado na luta contra a criminalidade. Vale dizer, o homicídio de um policial, nas férias, deve ser tratado com a mesma seriedade de quando ele está no efetivo exercício de suas funções, até mesmo para efetivamente se prevenir e reprimir o crime praticado contra as autoridades e agentes numerados, fortalecendo a sociedade e gerando sensível aumento da sensação de segurança e efetiva sensação de diminuição da impunidade, sinalizando aos criminosos que o

Estado Democrático de Direito tutela essas combativas autoridades e agentes de segurança pública, descritos no artigo 144 da Constituição Federal. (BRASIL, 2015, online)

Verifica-se que o aumento de pena levaria em conta o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e das suas instituições constituídas legalmente com a finalidade de combater o crime, conforme os Deputados Federais Leonardo Picciani e Carlos Sampaio levantaram na justificativa do Projeto de Lei.

Art. 1º O Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal – passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 121. Matar alguém:
[...]

§8º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado contra autoridade e agente de segurança pública descrito no art. 144 da Constituição Federal.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2015, online)

Nota-se que no que concerne a majorante apresentada exigia-se uma reforma da atual legislação penal, ainda mais levando em conta o uso de armamentos pesados além das emboscadas que ocasionam a morte de diversas autoridades e agentes da segurança pública.

Helen Corrêa Solis Neves e Amanda de Barros Moreira (2021, p. 129) afirmam que “foi levantada a questão de que o uso de tais materiais de manuseio restrito como fuzis e metralhadoras revelariam o propósito dos criminosos à resistência a ação do Estado”.

Ademais, nota-se também na justificativa já analisada que o Projeto de Lei entendeu que na realidade quando um ator do combate à criminalidade acaba sendo vítima direta de homicídio, seja o homicídio tentado ou o homicídio consumado, acaba gerando um pânico e até mesmo um descontrole social em toda a sociedade, uma vez que o agente de segurança pública é uma figura que representa a lei e própria a ordem.

Além disso, o projeto originário apresentado não distinguia o indivíduo do profissional de segurança. Assim, quando apresentado o Projeto de Lei abrangia “a autoridade ou agente de segurança pública estando ele no exercício da função ou em razão dela, ou não, isto, porque de acordo com os autores, se houvesse a

distinção poderia fragilizar o sistema de proteção destas autoridades” (NEVES; MOREIRA, 2021, p. 130).

Nesse íterim, verifica-se que a justificativa do Projeto de Lei, aduz que, se um policial estiver em período de férias e acabar sendo assassinado, o homicídio deveria ter a mesma seriedade como se o policial estivesse no exercício das suas funções, uma vez que esse fato aumentaria a sensação de segurança, fortaleceria o rigor da norma, assim como atuaria como uma forma de diminuir impunidade.

3.3.1 Emenda de plenário ao projeto de Lei nº 846

Foi apresentada, em 25 de março de 2015, a Emenda pelo Deputado Carlos Sampaio, líder do PSDB, a redação do Projeto de Lei nº 846, a qual, como já mencionado anteriormente, visava extinguir o §8º do artigo 121. Suprimiu-se a majorante de pena, para que assim pudesse prever a criação da qualificadora denominada como do §2º, inciso VII, do artigo 121 do Código Penal. Tratava-se da alteração inicial do Projeto de Lei.

§2º Se o homicídio é cometido:

[...]

VII- contra autoridade ou agente descrito nos art. 142 e 144 da Constituição Federal e integrantes do sistema prisional, no exercício da função ou em decorrência dela. (BRASIL, 1940, online)

Verifica-se que a redação nova deixou de majorar a pena e passou a qualificar o crime de homicídio funcional. Além disso, como já mencionado anteriormente a qualificadora abrangeu também os profissionais das Forças Armadas, passando também a proteger os integrantes do sistema prisional.

Outra relevante mudança está na própria delimitação do uso da qualificadora de homicídio funcional no exercício da função ou pela decorrência dessa profissão, o que no Projeto de Lei acabava por vincular o profissional com a o agente de segurança pública.

Outrossim, na data da primeira Emenda ao Projeto de Lei, foi oferecido o parecer às Emendas pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, gerando uma discussão pequena dentro Plenário da Câmara dos Deputados. Observa-se:

Ao ter a palavra concedida, o Deputado Esperidião Amin levantou uma questão importante em que mais uma vez a Câmara dos Deputados estaria substituindo a Comissão de Constituição e Justiça, visto que o Projeto de Lei em questão não tramitou por ela, sendo substituída pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado – o que de fato não se compara ao papel da CCJ.

Em outro momento o Deputado Glauber Braga criticou duramente o modo como o presidente da Câmara – na época o ex Deputado Eduardo Cunha – conduzia as sessões, não utilizando mais a CCJ e apenas determinando que um deputado vá ao plenário dar um parecer sem ao menos ter conhecimento do assunto. De fato, percebe-se que a maneira como o legislador altera e cria as leis, atropelando ritos importantes para a sua modificação e até mesmo sua criação pode trazer sérias consequências.

Tendo como relator o Deputado João Campos, as Emendas Substitutivas foram apresentadas aos artigos 121, 129 e a Lei de crimes hediondos, visto que o Projeto de lei se estendia a estes também, sendo discutidas líderes das bancadas no Plenário da Câmara. Em análise ao Diário da Câmara dos Deputados (2015), nota-se que a maioria dos argumentos para votarem pela aprovação da Emenda do artigo 121- objeto deste estudo- estiveram derredor a estatísticas de morte de policiais, a garantias de que haverá menor agressão contra agentes de segurança, a respeito da defesa de policiais que estão em combate à linha de frente e a assuntos similares. Houve apenas dois parlamentares que se manifestaram pela abrangência de mais agentes de segurança no rol da nova qualificadora e apenas um deputado, Daniel Coelho levou em consideração a questão dos familiares, mencionando que os filhos e as esposas dos agentes de segurança poderão ficar mais tranquilos. (NEVES; MOREIRA, 2021, p. 131)

Dessa maneira, o resultado da listagem de votação eletrônica nominal aferido, foram computados 341 (trezentos e quarenta e um) votos favoráveis e apenas 03 (três) votos contrários a essa Emenda Substitutiva. Ressalta-se que manifestaram-se contra essa Emenda o partido político PSOL, representado pelo Deputado Chico Alencar, que acabou justificando o seu voto afirmando que o Projeto de Lei possuía problemas gravíssimos “onde se estende a ampliação de punição grave a quem atenta letalmente contra os servidores da segurança pública estendendo-se até a parentes de terceiro grau e também banalizaram a inclusão da qualificadora como sendo crime hediondo” (BRASIL, 2015, online).

Portanto, foi apenas em 26 de março de 2015, que a matéria foi aprovada e, por conseguinte, encaminhada ao Senado Federal na data de 31 de março 2015 conforme redação anteriormente descrita.

3.3.2 Análise do Projeto de Lei pelo Senado Federal

O Projeto de Lei nº 846 de 2015 chegou ao Senado Federal com um requerimento de urgência na sua apreciação. Sendo assim, foi para a análise sobre

a sua constitucionalidade, tendo sido encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, sendo o seu relator o Senador Alvaro Dias, que se manifestou favoravelmente à aprovação do Projeto de Lei, foi registrado ainda que não existia nenhum possível vício de inconstitucionalidade material ou de constitucionalidade formal, além de ter afirmado que a matéria existente no Projeto de Lei incluía-se na competência da União para legislar.

Em 12 de junho de 2015, o senador Randolfe Rodrigues filiado ao partido Rede Sustentabilidade apresentou uma Emendas ao Projeto de Lei que propôs a abrangência da qualificadora assim como a retirada da extensão dessa qualificadora aos familiares.

A justificativa dessas mudanças se deu pela finalidade de proteger à tutela penal dos agentes públicos que acabaram sendo vítimas de homicídio em razão da sua função da sua profissão ou no exercício dela. Veja-se como ficaria o artigo:

Art. 121. Matar alguém:
§ 2º Se o homicídio é cometido:
VII- contra funcionário público, no exercício da função ou em razão dela.

Ressalta-se que as discussão do projeto e das possíveis emendas foram rápidas, assim como o resultado foi dado de forma rápida, por uma simbólica votação foi decidido pela rejeição das emendas propostas pelo senador Randolfe, portanto, ficando o Projeto de Lei com a redação original dada pela Câmara dos Deputados, sendo encaminhada para a sanção presidencial dessa maneira:

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: Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Dessa maneira, após adentrar na história legislativa da Lei nº 13.142, será averiguado a constitucionalidade do artigo 121, parágrafo segundo, inciso VII, do Código Penal.

3.4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII, DO CÓDIGO PENAL

Como visto *alhures*, o homicídio funcional no Código Penal e a sua introdução através da Lei nº 13.142 de 2015 acabou ocasionando um questionamento sobre a exclusão da sua aplicação no tocante dos filhos adotivos e como essa prática acarretaram inúmeros resultando na possível constitucionalidade ou inconstitucionalidade formal e material.

A seguir serão averiguados os pontos principais que promovem a inconstitucionalidade da norma.

3.4.1 Princípio da legalidade e princípio da igualdade e as vertentes do filho adotivo no homicídio funcional

O homicídio funcional surgiu com a Lei nº 13.142, de 2015, alterando o artigo 121 do Código Penal, ao adicionar em seu segundo parágrafo mais uma qualificadora do crime de homicídio, inclusive nas formas consumada ou tentada.

Entretanto, a discussão sobre artigo a imposta limitação dos sujeitos passivos, que impõem a extensão da qualificadora apenas aos parentes consanguíneos de até terceiro grau, excluindo-se os filhos adotivos das possíveis de vítimas, fazendo expressamente uma diferenciação entre os filhos adotivos e biológicos, que em teoria é proibido pela Constituição da República.

No entanto, no primeiro momento, os princípios constitucionais eram considerados apenas vetores interpretativos, uma vez que não se tratava de uma norma jurídica, mas de meros pontos de interpretação. Mas, essa concepção não se aplica mais aos princípios, visto que o estudo dos princípios é de grande relevância para as mais diversas disciplinas, assim como os princípios possuem um valor normativo que são fonte auxiliar para decisões judiciais também, especialmente quando a regra é insuficiente ou omissa na resolução da lide.

Nota-se que o homicídio funcional disposto no Código Penal não retrata “a figura do filho adotivo representando um possível conflito em um caso concreto entre dois princípios norteadores do Direito brasileiro, o princípio da legalidade à luz do Código Penal e o princípio da igualdade conforme dispõem a Constituição da República” (BARROS, 2020, online).

No que concerne ao princípio da legalidade, conhecido também por meio das expressões *nullum crimen, nulla poena sine lege* - que significam que “não há crime nem pena sem lei anterior que os defina” -; é importante analisar esse princípio posto que é um orientador para os dispositivos e leis de modo geral, não apenas para aquelas de cunho penal. Em resumo, pode-se afirmar que esse princípio consiste no fato de que o indivíduo só está obrigado a deixar de fazer ou fazer alguma coisa apenas em virtude da lei.

A previsão desse princípio se encontra no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, bem como também no artigo 1º do Código Penal, respectivamente nos termos seguintes:

XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988, online)

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1940, online)

Neste cenário, o princípio aduz ser o legislador deve evitar o uso de expressões ambíguas e vagas ao determinar quais as condutas são realmente puníveis e quais as sanções devem ser aplicadas. Dessa maneira, embora seja lícita a analogia dentro do Direito Penal, é vital a precisão de uma norma, uma vez que não podem as normas e regras ficarem sujeitas a toda interpretação dos aplicadores da pena.

Nesta esteira, Rogério Sanches Cunha (2015, p. 227) afirma que “se proíbe a utilização da analogia in malam partem para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar a pena, entretanto é perfeitamente viável o uso da analogia in bonam partem para beneficiar o acusado”.

Em suma, o princípio da legalidade é o fundamento da própria democracia, além de servir de segurança para todos os cidadãos, revelando-se uma forma de escudo de proteção.

No que tange ao princípio da igualdade ou ao princípio da isonomia, nota-se que esse princípio antevê a igualdade entre todos os cidadãos, para que gozem de do tratamento isonômico estabelecido pela lei, isto é, sem distinção. Por meio desse princípio são proibidas as distinções arbitrárias e não justificáveis conforme estabelecido pela Constituição Federal, tendo por finalidade delimitar a atuação do próprio legislador, ou autoridade pública e do intérprete.

Essa previsão está acoplada no artigo 5º, caput, da Constituição da República de 1988. Veja-se:

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:
[...] (BRASIL, 1988, online)

Em uma análise do direito e do princípio da isonomia, “a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A igualdade do direito exprime que a lei deve ser a mesma para todos” (NERY JUNIOR, 1997, 322).

Posto isto, um só corpo de regras e normas devem existir e, conseqüentemente ser aplicado aos homens. Observa-se:

Uma das formas de isonomia prevista na Constituição da República refere-se à igualdade entre os filhos prevista no artigo 227, §6º já citado anteriormente neste estudo. A antiga ideia de diferenciação tanto entre filho natural e filho adotivo foram banidas da legislação civil, como também as expressões filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos e filhos incestuosos. Diante disso, todas as filiações possuem os mesmos direitos, não importando se o filho é biológico ou não. (NERY JUNIOR, 1997, 323)

À vista disso, surge a relevante questão de como deve-se proceder: “respeitar o mandamento do princípio da igualdade e declarar o artigo 121, §2º, VII do Código Penal inconstitucional ou afrontar o princípio da legalidade e distinguir filho biológico de filho adotivo?” (NEVES; MOREIRA, 2021, p. 135).

Por isto que para debater a constitucionalidade da norma foi necessário analisar a história legislativa –anteriormente estudada – para verificar a questão do filho adotivo como um sujeito passivo do crime de homicídio funcional.

3.4.2 A constitucionalidade do homicídio funcional

A partir desse choque entre a legislação constitucional e a legislação infraconstitucional quanto ao homicídio funcional nos crimes em que o filho adotivo é vítima, surgem duas correntes, a primeira defendendo o princípio da legalidade e a outra corrente que defende o princípio da igualdade.

Francisco Dirceu Barros (2015, p. 156) “prioriza o entendimento da supremacia da Constituição Federal de 1988 e a possibilidade de aplicação da qualificadora, em que se o mandamento constitucional afirma que os filhos adotivos são equiparados aos consanguíneos”. Dessa maneira, quem mata, por motivos funcionais o filho adotivo dos agentes de segurança elencados no artigo 121, §2º, VII do Código Penal, acaba por cometer um homicídio funcional.

Rogério Greco (2015, p. 174), não há consanguinidade que “permita o reconhecimento de um tronco comum conforme o exigido pela lei com relação ao filho adotivo na prática do homicídio funcional e caso fosse aplicada referida qualificadora do artigo 121, §2º, VII”.

Apesar da ideia de que o artigo 121, §2º, VII do Código Penal ser uma norma inconstitucional por diferenciar matéria que a Constituição Federal veda haver alguma distinção ao diferir o filho biológico do filho adotivo, e é justamente por não ter uma análise detalhada a esse respeito na história legislativa do projeto de lei que deu origem a lei, há uma possibilidade de asseverar a sua constitucionalidade através do princípio da interpretação.

A Interpretação conforme a Constituição aduz uma técnica de controle de constitucionalidade estabelecendo que o intérprete ou aplicador do direito, ao se deparar com normas que possuam mais de uma interpretação – normas polissêmicas ou plurissignificativas–, deverá priorizar aquela interpretação que mais se aproxime do texto constitucional. (GRECO, 2015, p. 174)

Luís Roberto Barroso (1996, p. 49) aduz que se trata da “escolha de uma interpretação de norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita”. Desta feita, tem-se que “a interpretação conforme a Constituição, objetiva que nenhuma lei seja declarada inconstitucional quando uma de suas possíveis interpretações esteja em harmonia com a Carta Maior”.

Dessa feita, a qualificadora do homicídio funcional não se distancia de todo modo de uma interpretação nos termos da Constituição Federal. Veja-se:

De fato, a redação do dispositivo se mostra inadequada a partir do momento que expõe a aplicação das sanções previstas na Lei 13. 141/2015 ao crime praticado contra o parente consanguíneo, o que conforme já exposto não abrange a modalidade de parentesco civil onde se insere o filho adotivo. Entretanto, há uma questão a analisar-se a respeito da dificuldade em descobrir a natureza de filiação do “adotado”.

Conforme alteração promovida pela Lei nº 12.010 de 2009, que modificou o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, nenhuma observação a respeito da adoção poderá constar no registro civil – certidão de nascimento – do adotado, ou seja, na certidão de nascimento do adotado constará os nomes dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes, cancelando o registro original do adotado sem nada constar a respeito do processo de adoção. (GRECO, 2015, p. 174)

Nota-se que mesmo no homicídio do filho que é adotivo de um dos agentes de segurança, composto no rol do artigo 121, §2º, VII do Código Penal, existiria a aplicação dessa qualificadora, visto que é dubitável que haja uma comprovação do estado de filiação, uma vez que não constata nada sobre o ato da adoção na certidão de nascimento.

Nesse ínterim, deve-se ressaltar que os procedimentos relativos a adoção são sigilosos, já que envolvem crianças e adolescentes sendo aplicado o princípio da proteção integral.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

[...] (BRASIL, 1990, online)

Com efeito, o legislador acabou comentando um erro ao empregar a expressão “parentes”. Verifica-se:

Deveria o legislador ter utilizado somente a expressão “parente”, de modo a afastar o adjetivo “consanguíneos” dessa forma estariam inclusas todas as modalidades de parentesco. Entretanto, é importante salientar a afirmação de Cezar Roberto Bitencourt (2018) em que caso houvesse apenas a locução “parente”, ficaria extremamente abrangente, pois incluiria todos os “agregados”, por afinidade. A alteração do texto deve ser, portanto sem redução de texto, para permitir a inclusão do filho adotivo – incorretamente chamado assim.

Cezar Roberto Bitencourt (2018) aduz que a interpretação não acrescenta nenhuma mudança elementar ao texto penal, mas supre o adjetivo consanguíneo, de tal forma que afasta uma possível inconstitucionalidade da norma. Desse modo,

suprimir acaba diferindo de acrescentar, uma vez que ainda amplie a abrangência do texto legal para um bem maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto *alhures*, a presente pesquisa trata-se de uma abordagem sobre o homicídio praticado contra os filhos adotivos de agentes de segurança que são descritos pelos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988, também autoridades e agentes integrantes do sistema prisional, bem como integrantes da Força Nacional de Segurança Pública.

Inicialmente, foi apresentado o conceito do instituto jurídico da adoção, isto é, a sua definição conforme as diretrizes legais e doutrinária. Bem como será retratado os lineares históricos da adoção no Brasil, contemplando as suas mudanças significativas decorrentes da própria evolução relativa as relações familiares e também da sociedade. Outrossim, também será averiguado os efeitos principais que a efetiva consumação da adoção ocasiona.

Nesse íterim, verificou-se que a adoção pode ser entendida como um ato jurídico pelo qual é possível criar relações análogas aos da filiação biológica ou da filiação consanguínea, em outras palavras, a adoção torna o adotando em um filho, inclusive com todos os direitos e os deveres recíprocos.

A adoção é uma pratica amparada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o legislador garantiu a criança e ao adolescente proteção integral, como um princípio regulador das relações familiares.

Nota-se que a construção da presente pesquisa teve como temática a Lei nº 13.142 de 2015 que adicionou ao Código Penal uma nova qualificadora no artigo 121, §2º, VII. À vista disso, destacam-se os sujeitos passivos desse crime, que pela norma são: o cônjuge, o companheiro ou os parentes consanguíneos até terceiro grau, isto é, no caso dos ascendentes são os pais, os avôs e os bisavôs; já no caso dos descendentes, estes são os filhos, os netos e os bisnetos; por fim, os colaterais até o terceiro grau seriam os tios, os irmãos e os sobrinhos.

Por isto, a presente pesquisa discutiu a exclusão do filho adotivo dessa nova qualificadora, que acaba causando um conflito nos casos concretos que envolvem o princípio da igualdade, que veda a diferenciação dos filhos adotivos para com os biológicos, presente na Constituição Federal e o princípio da legalidade que defende o Código Penal, criando uma *vexata quaestio*: tal norma é constitucional ou inconstitucional?

Ademais, a análise da história legislativa da Lei nº 13.142 de 2015 deixa claro que o legislador não teve nenhuma preocupação com a questão do filho adotivo sendo um elemento fundamental do tipo penal, visto a notória exclusão ao dispor a palavra “consanguíneos”.

Outrossim, verifica-se que o Projeto de Lei não foi apresentado para a Comissão de Constituição e Justiça, demonstrando mais uma falha legislativa durante o seu processo de criação, tendo por resultado final um dispositivo com divergências doutrinárias sobre a sua própria constitucionalidade.

Ao longo dessa pesquisa, evidenciou-se a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que fere a Constituição da República de 1988 ao distinguir o filho adotivo do filho biológico. Contudo, a presente pesquisa tendo por objetivo preservar a qualificadora apresentou uma análise nova sob a égide do princípio da interpretação nos termos da Constituição Federal, tendo por finalidade não declarar a inconstitucionalidade do texto em comento, tendo em consideração que qualificadora do homicídio funcional acaba se aproximando do disposto na Magna Carta.

Por outro lado, a criação desse conflito, evidenciado entre princípio da legalidade e o princípio da igualdade na qualificado não é sustentado quando se averigua o Estatuto da Criança e do Adolescente, já que acaba proibindo que as informações sobre a adoção se encontrem no histórico do registro civil do filho adotado, por conseguinte, fica improvável que essa qualificadora não se aplique nos casos de homicídio contra o filho adotivo dos integrantes e agentes de segurança. Sendo assim, verifica-se tratar-se de um conflito aparente de normas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA BRASIL. **Maioria dos policiais mortos no Rio de forma violenta estava de folga.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-09/maioria-dos-policiais-mortos-no-rio-de-forma-violenta-estava-de-folga>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. **Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei 13.142/2015: A controvérsia da terminologia autoridade e filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional.** Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. **Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei n. 13.142/2015).** Disponível em: <https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/213164130/os-agentesp passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13142-2015>. Acesso em 24 de janeiro de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família.** 7.ed. São Paulo: Rio, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal, parte especial.** São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - v. 2: parte especial (arts. 121 a 154-B): crimes contra a pessoa.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal.** 23ª Ed. Editora: Saraiva. 2017.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 14a ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto lei nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Código Penal, Brasília, DF, dez 1940.

_____. **Diário da Câmara dos Deputados**. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150327000460000.PDF#page=102>. Acesso em 24 de janeiro de 2022.

_____. **Diário do Senado Federal**. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=19514#diario>. Acesso em 24 de janeiro de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Especial**. v.2 Saraiva, 2007, p.10.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 5. Ed. Juspodivm. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)** / - 9 ed. Ver, ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, v.V, p.25.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Homicídio Funcional: Primeiras ideias**. Jornal Carta Forense. Disponível em:
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Paulo. **Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Helen Corrêa Solis; MOREIRA, Amanda de Barros. **ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII DO CÓDIGO PENAL: EXPRESSÃO PARENTES CONSANGUÍNEOS E A SITUAÇÃO DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225 – v.16, n.2, dez. 2021

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal; dos crimes contra a pessoa – dos crimes contra o patrimônio**. 26 ed., São Paulo, Saraiva, 1994, v.2, p.14.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 20ª edição. ed. Forense. Rio de Janeiro, 2020.

OLIVEIRA, Ingrid Cristina de. **O processo de adoção no Brasil**. Marília, Univem, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

SCHLOSSARECKE, Ieda. **Tipos de adoção no Brasil**. Disponível em: <https://iedasch.jusbrasil.com.br/artigos/215397173/tipos-de-adocao-no-brasil#:~:text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20denominada%20ado%C3%A7%C3%A3o%20plena,e%20do%20c%C3%B3digo%20de%20menores.&text=A%20ado%C3%A7%C3%A3o%20plena%20%C3%A9%20era,fosse%20filho%20biol%C3%B3gico%20do%20adotante>. Acesso em 15 de janeiro de 2022.

TRIBUNA DO CEARÁ. **CEARÁ É O ESTADO COM MAIOR NÚMERO DE POLICIAIS MORTOS POR BANDIDOS NO NORDESTE**. 14 ago 2018. Disponível em: <https://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/segurancapublica/ceara-e-o-estado-com-maior-numero-de-policiais-mortos-por-bandidos-no-nordeste/>. Acesso em 22 de janeiro de 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.